

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 20 – Numéro 2

Année : 1989-1990

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13565>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13565>

Page vide laissée intentionnellement.

Y A-T-IL DES NORMES D'ALLOCATION DES ÉQUIPEMENTS COÛTEUX EN MILIEU HOSPITALIER?	219
Par Guy ROCHER	
LA MACRO-ALLOCATION DES RESSOURCES ET LE DROIT AUX SERVICES DE SANTÉ.....	231
Par Andrée LAJOIE	
LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES, DE LA THÉORIE À LA PRATIQUE?	249
Par Catherine LOUMÈDE	
L'ALLOCATION DES RESSOURCES ET SON IMPACT SUR LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES DANS LES CENTRES HOSPITALIERS	265
Par Léandre NADEAU	
LE PROCESSUS D'ATTRIBUTION DES RESSOURCES PAR LES ÉTABLISSEMENTS AUX BÉNÉFICIAIRES : IMPACT SUR LE DROIT AUX SERVICES ET SUR LA RESPONSABILITÉ « PUBLIQUE »	285
Par Louise LUSSIER	
CONTRAT HOSPITALIER MODERNE ET RESSOURCES LIMITÉES : CONSÉQUENCES SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE	313
Par François TÔTH	
LA RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE ET LA RARETÉ DES RESSOURCES EN SOINS DE SANTÉ.....	357
Par Georges A. LEGAULT	
LA RELATION MÉDECIN-PATIENT ET LES DÉCISIONS DE TRAITEMENT.....	377
Par Suzanne NOOTENS	
LES CRITÈRES DE SÉLECTION DES CANDIDATS AUX TRAITEMENTS COÛTEUX.....	395
Par Guy DURAND	
MORAL RIGHTS AND CANADIAN COPYRIGHT REFORM: THE IMPACT ON MOTION PICTURE CREATORS	407
Par Jonathan HERMAN	
LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS S'APPLIQUE-T-ELLE À L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE ?	433
Par René PEPIN	
LA RÈGLE DE DROIT AU SENS DE L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS : COMMENTAIRES SUR L'AFFAIRE SLAIGHT COMMUNICATIONS INC. C. DAVIDSON, [1989] 1 R.C.S. 1038	447
Par Serge GAUDET	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : Y A-T-IL DES NORMES D'ALLOCATION DES ÉQUIPEMENTS
COÛTEUX EN MILIEU HOSPITALIER?

Auteur(s) : Guy ROCHER

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : 219-229

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13551>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13551>

Page vide laissée intentionnellement.

Y A-T-IL DES NORMES D'ALLOCATION DES EQUIPEMENTS COUTEUX EN MILIEU HOSPITALIER?

par Guy ROCHER*

Cet exposé est basé sur une recherche en cours dans les hôpitaux du Québec, qui a porté sur les règles créées pour régir l'acquisition et l'utilisation des équipements coûteux, à travers les mécanismes de la prise de décision. La notion de rationalisation s'est avérée centrale; c'est d'elle qu'émergent diverses règles. Trois types de règles, juridiques ou non juridiques, ont été identifiés: des règles constitutionnelles, procédurales et substantives. Une attention particulière a été portée aux principaux producteurs de ces normes, qui sont du même coup les producteurs et les porteurs de la culture gestionnaire dans les hôpitaux: les administrateurs, les ingénieurs biomédicaux. On analyse certaines fonctions manifestes et latentes des règles dans le fonctionnement de l'hôpital. En conclusion, on identifie certaines limites de la justice de procédure et ce qui distingue celle-ci de la justice distributive.

This paper is based on a research project which is now being pursued in the Quebec hospitals, the topic being the rules which are produced to rule the acquisition and use of costly equipment, through the decision-making process. The notion of rationalization has proved to be central, as one main source of rules. Three types of legal and/or non-legal rules have been identified: constitutional, procedural and substantive rules. A special attention has been brought to the main producers of norms, who happen to be the producers and bearers of the management culture in the hospitals: the administrators and the biomedical engineers. Some manifest and latent functions of the rules in the functioning of the hospitals have been especially analyzed. To conclude, some limitations to procedural justice are identified and the distinction between procedural justice and distributive justice is made explicit.

*. Professeur au Département de sociologie et au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

SOMMAIRE

La rationalisation et ses règles	221
Les producteurs des règles	223
Les règles «spéciales»	224
Les fonctions des règles	225
L'assimilation de la culture gestionnaire	227
Justice de procédure et justice distributive	228

Depuis près de deux ans, je fréquente assidûment les hôpitaux du Québec. Pas comme médecin bien sûr, ce que je ne suis pas, ni comme patient, grâce à Dieu pas encore, mais comme chercheur. Je suis engagé depuis près de deux ans dans un projet de recherche avec une équipe interdisciplinaire¹. Projet de recherche qui nous a amenés à interviewer un grand nombre de médecins, administrateurs, ingénieurs, infirmiers et infirmières dans les hôpitaux du Québec. Ce projet porte sur l'analyse des normes qui régissent l'acquisition et l'utilisation des équipements coûteux dans les hôpitaux du Québec. Ce qui nous intéresse en particulier, c'est de cerner de quelle manière se prend la décision dans l'acquisition de ces équipements coûteux. Quelle est la source des décisions? Quelle en est la démarche? Et quels sont les moments chauds de la prise de décisions?

La rationalisation et ses règles

Ce qui nous frappe au départ, c'est qu'il y a une notion que l'on entend constamment dans toutes les entrevues que nous faisons. C'est la notion de rationalisation. Il n'y a à peu près pas d'interviewé qui n'a pas employé à plusieurs reprises les expressions «que l'on rationalise, il a fallu rationaliser, nous devons rationaliser».

Cette notion, elle est vraiment clé. Et elle est employée autant par ceux qui sont favorables à la rationalisation que par ceux qui ne le sont pas. Sous la notion de rationalisation, on met, d'après ce que nous pouvons voir, différentes choses. On y trouve d'abord l'idée qu'il y a une rareté de ressources par opposition à une infinité de besoins. Il y a ensuite la notion que les ressources seront dans l'avenir encore plus limitées et les besoins encore plus grands. Il y a également l'idée que depuis trente ans la médecine coûte de plus en plus cher, particulièrement à cause de l'équipement. Enfin, l'idée qu'à une certaine époque mythique, que l'on peut dater, il n'y avait pas de rationalisation. Dans la perspective de ceux qui nous en parlent, au-delà de dix ans, c'est à peu près la période de temps qui devient mythique, c'était le règne de l'arbitraire. Il y a dix ans, il n'y avait pas beaucoup de rationalisation, nous dit-on; il y a dix ans, il n'y avait pas de problème des ressources comme aujourd'hui; il y a dix ans, c'était «au plus fort la poche», comme on nous dit aussi dans certaines

1. Cette équipe est composée des chercheurs suivants: Guy Bourgeault, Yves Brillon, Thérèse Leroux, Patrick Molinari, Guy Rocher. Pierrette Mulazzi en fait partie comme agent de recherche. Y participent également ou y ont participé, des étudiant(e)s de 2e et 3e cycle, en sociologie et en droit: Marie Bernard, Louise Bouchard, Geneviève Daudelin, Martine Isabelle Forest, Caroline Larue, Magali Lewis, Louis Machabée, Nicole Roy, Khatoune Temisjian.

entrevues. Depuis dix ans, nous sommes engagés dans la rationalisation.

Rationalisation veut dire aussi autre chose, car pour rationaliser il faut faire des règles, des normes. Le principe de la rationalisation, c'est précisément de s'appuyer sur une normativité, des critères, des standards, des normes, des règles. C'est vers ces règles précisément que nous sommes allés. Non pas exclusivement les règles juridiques, dont vient de nous parler Madame Lajoie, mais les règles qui se font au jour le jour dans un hôpital, qu'elles soient juridiques ou non. C'est un problème de distinguer ou de discriminer ce qui, dans les règles que nous analysons, est proprement juridique au sens strict du terme et ce qui est en dehors du champ juridique. Je n'aborderai pas ce problème aujourd'hui.

Il y a particulièrement trois types de règles que nous avons observées. Tout d'abord, des règles que l'on peut appeler constitutionnelles, c'est-à-dire ces règles qui ont comme objet, par exemple, la création d'un comité, tel le comité de l'équipement, et qui vont préciser le statut de ce comité dans l'hôpital. A qui répond le comité? Est-ce que c'est au D.G., au D.S.P., au conseil d'administration? Par quelle voie ses propositions, ses recommandations ou ses décisions sont-elles acheminées et vers qui? Est-il décisionnel ou consultatif? Et quelle est la composition de ce comité? Comment les membres en sont-ils nommés? Voilà ce que l'on peut appeler du droit constitutionnel. Généralement, semble-t-il, ces règles sont assez juridiques. Elles viennent du conseil d'administration qui, par son pouvoir délégué, va créer un organisme doté d'un caractère officiel juridique.

Deuxième type de règles, les règles procédurales qui disent, par exemple, comment est convoqué le comité en question. Qui le convoque? De quelle manière, est-ce verbalement, par écrit? Qui préside les séances? Qui tient un procès verbal? Comment se fait la délibération? Et comment se prend la décision, y a-t-il vote? En général, ces règles nous ont paru assez floues. Il ne nous semble pas y avoir de règles très précises. Il y a un côté assez informel dans ces règles de procédure.

Troisième type de règles, les règles substantives, celles qui nous disent, par exemple, comment doit-être présenté un bon dossier si l'on veut que la demande soit bien reçue et si elle a quelque chance aussi de passer. Par exemple, comment faire la preuve qu'un équipement est maintenant désuet? Ou comment montrer qu'un nouvel équipement ou une nouvelle génération d'équipement a été évaluée? Par qui?

Comment? Ou encore, faire la preuve que ça ne coûtera pas plus cher avec ce nouvel équipement, ou même que l'on va économiser en achetant tel nouvel équipement. Quel espace sera nécessaire, quel personnel pourra travailler avec cet équipement ou quel personnel sera nécessaire? C'est ce que nous appelons les règles substantives de la composition du dossier.

Si l'on revient à l'interrogation inscrite dans le titre de ma conférence: «Y a-t-il des normes d'allocation des équipements coûteux en milieu hospitalier?», la réponse est claire: Oui, il y a des normes. Elles sont là, nous les avons touchées. Elles sont parfois formelles, parfois floues, souvent informelles. Mais il semble que même si les normes ne sont pas formulées, elles sont dans l'esprit de ceux qui nous répondent.

Partant de cette constatation, la question que nous nous sommes posée est la suivante: qui fait ces règles? Car nous nous intéressons au droit dans sa perspective globale, notamment à la production du droit. Ici, il s'agit peut-être de droit et de non-droit à proprement parler. Peu importe. L'essentiel est de retracer qui fait les règles.

Les producteurs des règles

Il nous a semblé qu'il y avait certains producteurs de règles bien précis dans le milieu hospitalier. Il y en a deux en particulier, deux nouvelles professions dans le milieu hospitalier, qui sont particulièrement productrices de règles. La première, c'est celle des administrateurs, plus précisément les administrateurs patentés, c'est-à-dire ceux qui ont été formés à l'université en administration de la santé, dans une école d'administration, à l'Ecole des HEC, et qui, par un parcours quelconque, sont devenus administrateurs dans un milieu hospitalier.

L'administrateur appartient à cette nouvelle profession qui a déplacé les religieuses d'autrefois. Pour la plupart, ces administrateurs ne sont pas des médecins, ce sont des professionnels de l'administration. Comme professionnels de l'administration, ils sont particulièrement doués pour travailler avec des règles. Ils possèdent l'expertise, ils ont le «know how» des règles, ils savent comment «normer» l'organisation d'une entreprise, quelle qu'elle soit. Celle-ci peut être une université ou toute autre entreprise de production et de services, aussi bien qu'un hôpital. Où qu'il soit, le bon administrateur, c'est celui qui sait produire les bonnes règles et les bien utiliser dans la gestion des ressources matérielles et humaines de son entreprise.

Et la deuxième profession productrice de règles, c'est celle des ingénieurs biomédicaux. Cette nouvelle profession est composée de physiciens ou d'ingénieurs, qui se sont spécialisés dans la connaissance de l'équipement médical et qui sont devenus des experts de la question. De plus en plus, ces nouveaux professionnels se répandent dans les hôpitaux. Certains hôpitaux ont été plus accueillants que d'autres. Là où ils sont installés, les ingénieurs biomédicaux et ceux qui font partie du service du génie biomédical sont des producteurs de règles. Et cela tout simplement parce que leur spécialité, c'est précisément la connaissance des bons standards de l'équipement. Ils savent où est le bon équipement; ils savent quel équipement est meilleur que l'autre. Ils sont en contact avec les producteurs. Ils sont même invités à faire des séjours chez eux pour comprendre la nouvelle génération d'équipements. Ils viennent bien souvent remplacer le médecin qui autrefois recevait les vendeurs. Maintenant, et le vendeur et le médecin ont un grand concurrent, c'est cet ingénieur qui connaît l'équipement parfois bien mieux que le vendeur, et souvent bien mieux que le médecin.

Dans les hôpitaux, nous observons que c'est ce service de génie biomédical qui fait surtout les règles substantives dont je parlais tout à l'heure. C'est l'ingénieur qui va dire au médecin comment il faut préparer un bon dossier, quelles règles il faut suivre, quels standards il faut invoquer pour mettre les chances de son côté. L'ingénieur est aussi très près des administrateurs. Dans beaucoup d'hôpitaux, nous avons observé une grande complicité entre l'ingénieur et l'administrateur. L'ingénieur sera le conseiller constant de l'administration, il aura une ligne directe de communication avec le D.G. Celui-ci comptera beaucoup sur l'ingénieur pour clarifier des choses, d'autant plus que ce département de génie a fait réaliser d'importantes économies à l'hôpital car l'hôpital maintenant ne contracte plus l'entretien de ces équipements à l'extérieur. C'est ce département qui fait tout le travail d'entretien et de réparation de l'équipement.

Les règles «spéciales»

Il y a trois règles sur lesquelles je voudrais maintenant revenir. Elles sont très importantes, mais elles sont beaucoup plus cachées, comme règles, que les précédentes. Ce sont trois règles de procédure, mais qui ne font pas partie des règles habituelles de procédure dont on nous parle, bien qu'elles soient d'une grande puissance. Ce sont des règles que j'appelle «spéciales» de procédure. La première, c'est la règle de la participation, qui veut que, quand on doit acheter un nouvel équipement, ou même régulièrement ou chaque année, tous les médecins dans chaque département soient appelés à faire état des

besoins de leurs disciplines, de leurs spécialités, à établir les priorités du département. Une fois que les médecins se sont entendus entre eux, leurs demandes vont monter à une rencontre des chefs de département, puis aux réunions du comité d'équipement, etc... On a ainsi fait participer tout le monde. Le grand principe derrière ça, vous le connaissez, c'est la démocratie dans l'hôpital. Plus la participation est étendue, plus la décision, dit-on, aura été prise d'une manière démocratique. Et ainsi, on sera arrivé à une décision supposément acceptable pour tous.

La deuxième règle spéciale de procédure, c'est la règle du consensus. Non seulement doit-il y avoir participation, mais consensus le plus possible. Par exemple, des D.G. vont nous dire: «Moi, vous savez, je dis aux médecins: entendez-vous entre vous, vous savez ce que vous voulez, vous connaissez vos besoins. Si vous vous êtes entendus entre vous, je m'engage à porter vos demandes directement au conseil d'administration sans les modifier». C'est une règle importante que le D.G. impose ainsi, parce que c'est une règle d'efficacité; elle est définie explicitement comme telle par le D.G.

La troisième règle spéciale de procédure, c'est la règle que l'on peut appeler «chacun son tour». C'est la règle qui veut que cette année, dans la négociation, on accepte que ce soit votre tour, puis l'année prochaine vous accepterez que ce sera notre tour. La règle du chacun son tour établit ce que des médecins ont appelé la «paix médicale» dans l'hôpital. En d'autres termes, même si un équipement est bien plus désuet qu'un autre, il importe, pour assurer la paix entre médecins, entre départements, que l'on respecte la règle du chacun son tour. Et cette règle-là, nous avons pu voir qu'elle est très puissante dans les délibérations et dans le fonctionnement des demandes.

Les fonctions des règles

L'ensemble des règles, y compris évidemment ces trois règles spéciales, ont d'importantes fonctions dans l'organisation et la marche de l'hôpital et en particulier en ce qui concerne l'acquisition des équipements.

Elles ont ce que les sociologues appellent des fonctions manifestes et des fonctions latentes. Les fonctions manifestes sont assez évidentes. Ce sont des fonctions visibles, aisément identifiables. Je dirais qu'il y a deux fonctions manifestes importantes. Premièrement, c'est à travers ces règles que se fait la gestion d'une économie de la rareté dans un hôpital. Deuxièmement, c'est grâce à ces règles que règne un certain ordre dans le fonctionnement des demandes

et dans la gestion de l'hôpital. C'est grâce à ces règles qu'il y a, si vous voulez, absence d'arbitraire, absence d'injustice grave. C'est grâce à ces règles qu'on échappe aux péchés mortels d'une mauvaise administration, tels que le népotisme ou le favoritisme évident, dont on dit qu'ils existaient il y a dix ans et plus.

Mais les fonctions latentes nous paraissent plus importantes. Les fonctions latentes, ce sont des fonctions que l'on voit moins, qui sont moins visibles. Il y en a trois que je voudrais indiquer. La première, c'est ce que j'appellerais la fonction d'acculturation. J'emploie ici un terme qui vient des anthropologues, qui ont étudié des sociétés dont les membres ont été mis à un moment donné en contact avec une nouvelle culture, une nouvelle société, d'autres règles et qui ont progressivement intériorisé ces règles, les ont assimilées, pour une partie en tout cas. Ces observations ont été surtout faites dans les sociétés soumises à la colonisation. Les indigènes, les autochtones de ces pays s'acculturent à la nouvelle culture du colonisateur. Eh bien, dans l'hôpital il se produit, grâce aux règles que j'ai décrites, un phénomène d'acculturation des médecins, disons plus largement du personnel médical: acculturation à la gestion, à la culture gestionnaire. Les médecins sont un peu comme les indigènes de l'hôpital, si j'ose dire; ils y sont depuis longtemps, tandis que les administrateurs y sont arrivés un peu comme des colonisateurs de l'hôpital, ils y sont arrivés avec leur droit à eux, comme les colons britanniques ou portugais ou français sont arrivés avec leur droit. Et progressivement, ils ont imposé leurs règles, comme les colons britanniques, portugais, français ont imposé leurs règles. Les gestionnaires, les administrateurs et maintenant les ingénieurs biomédicaux acculturent ainsi les médecins, les infirmières à la culture gestionnaire de l'hôpital, c'est-à-dire à ces ensembles de règles qu'il faut respecter. Même si on a fait le serment d'Hippocrate, il faut accepter, par exemple, que la règle «chacun son tour» est efficace et on la respecte, bien qu'il semble qu'elle aille peut-être parfois à l'encontre du serment d'Hippocrate.

La deuxième fonction latente consiste à faire accepter la gestion de l'économie de rareté, en faisant accepter la rareté comme une dure réalité. Je veux dire par là que la rareté des ressources est généralement présentée comme un fait, une réalité incontournable. On omet de dire que la rareté est un concept relatif et construit: ainsi, quand des hommes politiques affirment qu'«il n'y a pas d'argent», il faut comprendre qu'ils se refusent à aller en chercher davantage par des taxes, des impôts, des emprunts. Car c'est bien important pour une administration de faire accepter la rareté comme une rareté réelle, qu'elle soit réelle ou non, peu importe. Et même de créer une certaine satisfaction de ce que l'on a obtenu malgré la rareté!

Et troisième fonction latente qui est liée à la deuxième que je viens d'évoquer, c'est le sentiment que, lorsque les règles sont connues, lorsqu'elles sont suivies, lorsqu'elles sont transparentes, la justice règne. Au bout du compte, on a atteint une certaine justice. C'est la justice que l'on peut appeler de procédure, c'est-à-dire la justice qui consiste à dire que, lorsque les règles sont bien connues et qu'elles sont bien appliquées, ce qui en sort au bout du compte, c'est le «Due process of law» qui l'a voulu et le «Due process of law» a comme fonction de produire la justice.

L'assimilation de la culture gestionnaire

Tous les médecins, toutes les infirmières ne subissent pas l'acculturation au même degré. Il y en a, comme dans toute société colonisée, qui sont plus colonisés et d'autres moins. Il y en a qui résistent à la colonisation et d'autres qui intègrent ou qui assimilent la culture du colonisateur. Dans les hôpitaux, nous avons pu constater qu'il y a une polarité de médecins. Il y a des médecins qui ont bien intégré, bien assimilé la culture gestionnaire et ils sont devenus les porte-paroles d'une bonne gestion. Généralement, ce sont des médecins qui appartiennent à la catégorie de ceux que nous appelons les gros consommateurs d'équipements. Il se trouve comme par hasard que ce sont eux qui font le plus de demandes et qui ont évidemment le plus à recevoir. C'est, par exemple, le représentant de la radiologie ou de la chirurgie cardiaque dans certains hôpitaux ou de quelques autres chirurgies importantes. Eux, ils ont appris à bien présenter des dossiers, parce que ce qu'ils ont à demander est gros, c'est de l'ordre de 300 000 dollars, 500 000 dollars, et ça revient souvent. Ils ont développé une expertise dans la présentation des demandes. Ils ont aussi plus facilement accès à la procédure, ils la comprennent mieux, si bien qu'un bon directeur de département de radiologie doit être bien intégré à la structure gestionnaire; sans cela, il ne réussira pas très bien, son département va périliter. Par ailleurs, il y a ceux qui sont peu acculturés, ce sont généralement des médecins qui sont loin de l'équipement, par exemple en médecine communautaire, médecine familiale, en psychiatrie. Ceux-là n'ont pas voix au chapitre, souvent ils ne sont même pas représentés au comité de l'équipement. Si bien que leur pauvre petite demande de 2 000 dollars ou de 5 000 dollars a si peu d'importance qu'elle passe pratiquement inaperçue; les gros achats ont occupé toute l'attention et vidé la caisse. Il n'est donc pas étonnant que des médecins qui sont de petits consommateurs d'équipements coûteux soient plus critiques que les autres. Ce sont eux, par exemple, qui vont critiquer ce qu'ils ont appelé la technicisation de la médecine moderne. Ou qui vont s'inquiéter de la formation des jeunes médecins,

trop formés aux techniques et à l'équipement et plus assez aux diagnostics que le médecin peut faire sans tous ces équipements. Ce sont eux aussi qui vont être les plus critiques des administrateurs, qui vont dire de ceux-ci qu'ils ne connaissent rien de la médecine, que la bureaucratie s'est installée dans l'hôpital et ressemble à la bureaucratie du gouvernement. Ce n'est généralement pas le cardiologue, ni le radiologue qui va nous tenir ce discours, c'est le psychiatre ou le médecin de médecine communautaire. Si bien que lorsque nous entrons dans un nouvel hôpital, il nous apparaît d'abord comme une unité, un système. Mais bientôt nous nous rendons compte qu'un hôpital, c'est une famille, c'est-à-dire un milieu conflictuel. Comme toute bonne famille, l'hôpital connaît des conflits: conflits entre administrateurs et certaines catégories de médecins, conflits entre certains médecins et d'autres groupes de médecins, conflits entre les médecins et les infirmières qui sont souvent très critiques de la pratique médicale qu'elles voient.

Au total, les règles ont donc d'importantes fonctions. Non seulement régissent-elles l'établissement, mais elles régissent la culture de l'établissement, l'esprit de l'établissement. Elles sont le fondement d'une certaine mentalité. Par ailleurs, les règles contribuent à discriminer aussi dans l'établissement entre ceux qui sont intégrés à une culture gestionnaire et ceux qui restent en marge de cette culture gestionnaire. Elles servent aussi à minimiser et à résoudre les conflits.

Justice de procédure et justice distributive

Un dernier mot pour conclure. La justice de procédure que j'ai invoquée tout à l'heure doit évidemment être considérée comme un acquis important. Elle correspond dans un hôpital à ce que l'on appelle pour la société globale un état de droit. C'est cette justice de procédure qui assure qu'il y a en effet de bonnes règles, qu'elles sont bien suivies et qu'on peut les modifier s'il arrive qu'elles créent des énormités ou des aberrations. Mais ce qu'il faut par ailleurs bien souligner, c'est que la justice de procédure n'aboutit pas nécessairement à des décisions justes. Derrière cette justice de procédure se profilent des injustices, parce qu'elle comporte des irrationalités ou des non-rationalités. J'en indique trois. Premièrement, j'ai dit tout à l'heure que les gros consommateurs d'équipements sont beaucoup plus maîtres de l'expertise nécessaire en matière de procédure que les petits consommateurs. Ce qu'il faut toujours voir dans une procédure, c'est que les parties ne sont pas égales. Il y a des rapports de force, dans un hôpital comme ailleurs, qui font qu'il y a des médecins, des départements qui ont plus de poids que d'autres, qui ont plus accès aux règles que d'autres, aux connaissances nécessaires dans la procédure

que d'autres. L'inégalité des rapports de pouvoir est évidemment de nature à engendrer des injustices, même au terme d'une bonne procédure. Deuxième facteur de non-rationalité, le fait que parfois le prestige de l'hôpital compte aussi dans la prise de décision, de même que la concurrence entre hôpitaux. Il y a des régions que je ne nommerai pas où il y trois ou quatre hôpitaux et il règne une certaine complémentarité mais aussi une concurrence très vive entre ces hôpitaux. Concurrence, par exemple, pour attirer les jeunes spécialistes qu'il faut absolument avoir, parce que c'est vital pour les hôpitaux de région de recruter des spécialistes, surtout quand on sait qu'ils n'y restent pas longtemps. Et alors, la concurrence entre les hôpitaux vient très souvent interférer dans les règles de procédure, dans la justice de procédure et créer ainsi des déséquilibres dans les décisions. Troisième facteur qui peut fausser la rationalité, il arrive que les jeux politiques, les hommes politiques ont quelque influence. Quand un député est en même temps un ministre, ça aide beaucoup; si sa femme est en même temps infirmière, médecin ou administrateur dans l'hôpital, c'est quelque chose que l'on peut utiliser avec succès. S'il y a de la parenté dans l'hôpital qui est près du pouvoir politique, ça aide aussi. C'est normal, mais ça ne fait pas partie de la même rationalité que la rationalité de la justice de procédure.

Ces dernières considérations m'amènent à conclure qu'il y a finalement une distinction importante qu'il faudrait faire, nous semble-t-il, entre l'acquis de la justice de procédure et la justice distributive. Celle-ci relève d'un autre esprit, elle est une autre forme de justice. La justice distributive veut donner à chacun selon ses besoins et selon son aptitude à utiliser ce qu'on va lui donner. Ainsi définie, la justice distributive ne se réalise pas nécessairement dans la justice de procédure; une autre réflexion s'impose pour passer de la justice de procédure à la justice distributive. Et comme nous ouvrons la porte de la philosophie, je m'arrête là, parce le sociologue ne doit quand même pas se mettre à philosopher devant un auditoire comme le vôtre!

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA MACRO-ALLOCATION DES RESSOURCES ET LE DROIT AUX SERVICES DE SANTÉ

Auteur(s) : Andrée LAJOIE

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : 231-248

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13554>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13554>

Page vide laissée intentionnellement.

LA MACRO-ALLOCATION DES RESSOURCES ET LE DROIT AUX SERVICES DE SANTE*

par Andrée LAJOIE**

Ce qui importe dans une perspective de réforme c'est d'explorer le rôle que pourrait jouer le droit au niveau intermédiaire d'allocation des ressources non seulement entre les différentes fonctions du système de production des services de santé (prévention, recherche, technologie, etc.) de même qu'entre les régions, et entre les établissements, sans parler du partage des masses monétaires entre les administrateurs, les personnels, les omnipraticiens et les spécialistes. Même la véritable macro-attribution au niveau politique entre les affectations budgétaires aux différentes missions du gouvernement, où la santé entre en compétition avec l'éducation, l'environnement, etc., n'échappe pas au domaine potentiel d'application du droit.

C'est à explorer ces avenues que vise cet article.

This article aims at exploring the role of law in the attribution of resources entering into the production of health services. This exploration is focused on both the intermediary and macro-levels at which decisions are taken. The intermediate level concerns the distribution of resources between various functions of the system (prevention, curative services, research, technology) as well as between various clienteles, regions, institutions and various categories of professionals, administrators and employees. Macro-attribution reaches the political level where government subsidies are divided between health, education, environment, etc.

The case is presented for the inclusion of both levels of decision within the reach of law and, indeed, litigation.

*. L'analyse qui sert de base à cet article a d'abord été élaborée en réponse à une demande que m'avait formulée la Commission de réforme du droit du Canada, que je remercie ici d'avoir autorisé cette publication.

**. Professeure, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.

SOMMAIRE

I-	La portée du droit s'étend à tous les niveaux d'attribution des ressources	235
II-	L'attribution des ressources à tous les niveaux est régie aussi par des règles non gouvernementales, informelles et implicites	241
	Conclusion	248

Penser à l'exercice du droit aux services dans le contexte de la rareté des ressources évoque des images généralement tragiques où des professionnels et des administrateurs hospitaliers sont aux prises avec des malades dont l'âge, l'utilité sociale et le pouvoir personnel varient au moins autant que la gravité et l'urgence de leur cas et entre lesquels ils ne savent comment choisir les éventuels bénéficiaires d'une dialyse, de précieux culots de sang B négatif, de greffes rénales ou de séances de psychothérapie, quand il ne s'agit pas de places en centre d'accueil ou d'aide à domicile.

Cette image, hélas familière, c'est celle de la micro-attribution, que seule semble au premier abord régir le droit positif, ou en tous cas celui qui suscite un contentieux. Mais si j'acceptais de me limiter à ce droit, c'est-à-dire essentiellement aux règles d'utilisation des ressources¹ qui, faute de recherche empirique, restent largement inconnues lorsqu'elles existent, il ne me resterait qu'à proposer un discours moral ou éthique pour lequel je me déclare d'emblée incompétente. Ce serait, je crois, escamoter l'essentiel, du moins sur le plan juridique.

Si en effet on isole la seule micro-distribution des ressources, on peut en venir à la conclusion que le droit positif actuel est peut-être adéquat, encore qu'il ne soit pas certain que les règles qui régissent vraiment, dans les faits, l'accès aux services, soient celles que le droit positif énonce ou permet d'adopter et qu'il n'y ait pas intérêt à connaître les règles parallèles que leur substituent très efficacement certains milieux. Il suffit de penser à la sectorisation des services psychiatriques au Québec effectuée, sans fondement législatif habilitant, par ententes entre les CRSSS et les établissements : c'est la loi du milieu qui se substitue à celle du législateur, sans que la clientèle particulièrement démunie qu'elle vise ne puisse s'en défendre, faute de transparence du processus.

Mais ce qui n'importe pas moins, surtout dans la perspective de réforme où s'est située ma réflexion², c'est d'explorer le rôle que pourrait jouer le droit au niveau intermédiaire d'allocation des ressources non seulement entre les différentes fonctions du système

1. Voir sur ce sujet, le texte de Louise Lussier, *infra*.

2. Dans le cadre de celle de la Commission de réforme du droit.

(prévention, recherche, technologie, etc.), mais entre les clientèles (cas urgents, électifs, chroniques, troisième âge, malades mentaux, etc.) de même qu'entre les régions, et entre les établissements, sans parler du partage des masses monétaires entre les administrateurs, les personnels, les omnipraticiens et les spécialistes.

Même la véritable macro-attribution au niveau politique entre les affectations budgétaires aux différentes missions du gouvernement, où la santé entre en compétition avec l'éducation, l'environnement, l'agriculture, etc., n'échappe pas au domaine potentiel d'application du droit; elle est d'ailleurs au surplus déjà régie au Canada par des règles fédérales, issues de l'exercice du pouvoir de dépenser. La détermination de la part de ses ressources que l'Assemblée nationale et les autres législatures provinciales attribuent à la santé n'est en effet pas entièrement discrétionnaire et se trouve, dans les faits, soumise à des règles fédérales informelles, dont la constitutionnalité n'a pas été confirmée par les tribunaux, mais qui n'en régissent pas moins pratiquement en grande partie la détermination de la part de la santé dans le budget des provinces.

Compte tenu du rôle actuel et potentiel qu'on peut dès lors entrevoir pour le droit en matière d'attribution des ressources à ces niveaux décisionnels préalables, il me semble que se limiter au droit positif régissant les recours judiciaires disponibles à l'égard de la micro-distribution des services, c'est passer à côté du véritable problème sans pouvoir espérer y apporter de solution. Pour y arriver, il faut au contraire replacer la question dans son véritable contexte, plus large et néanmoins juridique - aux yeux du moins de la doctrine la plus récente, tant européenne qu'américaine et même québécoise. Il s'agit d'englober dans l'objet d'analyse les étapes antérieures et cruciales de l'attribution des ressources préalables à l'exercice du droit aux services, et de fonder cette analyse sur des sources plus étendues qui rejoignent, au-delà du droit positif, les règles informelles et implicites qui régissent vraiment l'attribution des services.

Je n'ignore pas que beaucoup de décisions relatives à la distribution des ressources au niveau macro et intermédiaire ont été et sont encore, avec raison d'ailleurs, considérées comme des décisions politiques ou administratives, selon le cas. Il ne s'en suit pas pour autant qu'elles n'aient pas par ailleurs d'effets juridiques ni qu'elles

échappent au droit. Après tout, les lois et les règlements sont d'abord des décisions politiques des législatures et des gouvernements, respectivement, avant de devenir la matière première du droit...

Je m'appliquerai donc à explorer l'emprise possible du droit sur les trois étapes de l'attribution des ressources entrant dans la production des services et les sources concrètes qui régissent réellement ce processus d'attribution.

Il peut paraître téméraire de vouloir élargir en même temps l'objet du droit et ses sources... Aussi suis-je particulièrement heureuse de pouvoir m'appuyer pour cela sur un mouvement contemporain qui anime largement la communauté juridique. Je m'en voudrais par ailleurs d'entraîner mes lecteurs dans une expédition théorique gratuite pour le seul plaisir du parcours : aussi me limiterai-je à exposer succinctement les éléments théoriques dont on ne saurait faire l'économie sans priver de justification la démarche que je propose et qui, sans cela, pourrait paraître illégitime³.

I- La portée du droit s'étend à tous les niveaux d'attribution des ressources

Traditionnellement le juriste qui énonce le droit, comme l'avocat qui le plaide, ne se sent concerné que par la situation contentieuse, potentielle ou actuelle selon le cas, où le juge devra intervenir, et cela dans les termes immédiats et limités des événements ponctuels où s'exprime le conflit entre les parties. C'est une approche qui consiste à prendre pour acquises - et hors de portée du droit - les règles qui gouvernent la structure préalablement imposée aux décisions dont on semble dès lors ne pouvoir contester que la conformité aux impératifs découlant de ces structures. La légitimité de ces effets structurels est ainsi exclue du domaine de la légalité, auquel elle est présumée intrinsèquement étrangère.

De ce phénomène très caractéristique de l'ensemble de notre droit, on chercherait en vain un meilleur exemple que celui de l'article

3. Ceux qu'intéressent des développements théoriques plus poussés pourront se référer à mon article (en préparation) sur «Le droit, l'Etat, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées», à paraître sous peu.

4 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux qui définit, en droit québécois positif, le droit aux services. Il s'énonce :

«Toute personne a droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humanitaire et social, avec continuité et de façon personnalisée, compte tenu des ressources des établissements qui dispensent ces services».

Voilà, c'est clair : le droit aux services est attribué «compte tenu des ressources des établissements». La présence, la qualification, la répartition entre les clientèles de ces services semblent ainsi, au premier abord, mises à l'abri des règles et des recours que le droit explicite met à la disposition des bénéficiaires frustrés. L'absence ou la rareté des ressources constituent alors des limites externes que le droit ne saurait apparemment franchir.

C'est là l'un des effets idéologiques les plus efficacement autodestructeurs du droit où, à force de vouloir occulter le fondement de ses propres règles pour les rendre plus objectivement impératives, il s'est piégé lui-même en limitant sa portée par des frontières artificielles au départ, mais auxquelles il confère ainsi un caractère apparemment absolu. A force de se raconter une histoire - législative au surplus - où l'attribution des ressources paraît intangible parce que résultant de «données objectives» (l'«invisible hand» du common law, la «main de Dieu» de Claude Ryan, le «jeu du marché» des économistes libéraux, c'est selon...) le droit a fini par se croire, et conséquemment par se croire impuissant à régir la source même des conflits sociaux exprimés à travers la distribution des services de santé et qu'il a pour mission d'arbitrer.

Le caractère idéologique du concept de «ressources rares» est dès lors lui-même occulté et chacun fait comme si une ressource pouvait être intrinsèquement «rare» ou le devenir pour une finalité sociale sans que ce ne soit par voie de conséquence de son attribution préalable à une autre finalité sociale, jugée prioritaire sur une échelle

préétablie. Pourtant, il suffit de réfléchir un tant soit peu pour constater que la rareté des ressources ne constitue pas un fait de nature, sauf dans des cas exceptionnels, d'ailleurs à déterminer. La plupart du temps, elle n'est que le résultat, pas du tout invisible, de la main... de l'homme, comme l'a noté même l'école économiste de Chicago :

«[...] But such natural scarcity is not often the limiting fact. More frequently scarcity - and the necessity of picking sufferers it imposes - even if absolute at a particular moment in time (as with the number of physicians capable of performing a kidney transplant), is not absolute over time. More commonly still, scarcity is not the result of any absolute lack of a resource but rather of the decision by society that it is not prepared to forgo other goods and benefits in a number sufficient to remove the scarcity»⁴.

Mais l'univers juridique traditionnel se comporte à cet égard comme si cette échelle était préétablie par un inconnu intangible - la main invisible, la main de Dieu, le marché - sur le processus décisionnel duquel le droit n'aurait aucune prise potentielle.

L'attribution des ressources nécessaires à la production des services de santé ne constitue qu'un exemple parmi d'autres de cet aveuglement - volontaire ou inconscient - du droit. Le colloque convoqué l'année dernière par la Commission de réforme du droit du Canada et la Faculté de droit de l'Université de Toronto en a fourni un autre : il a fallu discuter toute une matinée sur l'encombrement et le «manque de ressources» des tribunaux administratifs, notamment dans les secteurs de l'immigration, des relations de travail et de la santé et la sécurité au travail, avant qu'en fin de course quelqu'un ose enfin soulever les questions cruciales de savoir qui limite ces ressources, par quel processus et pourquoi on leur impose, dans ces domaines

4. Guido CALABRESI et Philip BOBBITT, *Tragic Choices*, New York, Norton, 1978.

d'adjudication, des limites dont on n'a jamais entendu parler pour le processus judiciaire lui-même.

A-t-on jamais en effet proposé de réduire les droits des justiciables pour augmenter l'efficacité des tribunaux quand ils siègent en matière criminelle?... Peut-on seulement imaginer une disposition législative qui énoncerait le droit des accusés d'être entendus «sous réserve des ressources des tribunaux»? Quelle règle a établi que le droit d'être entendu quand on est accusé était plus important que le droit d'être traité quand on est malade? Et pourquoi le droit serait-il intrinsèquement impuissant à régir le processus d'attribution des ressources de santé alors qu'il définit implicitement depuis toujours le processus d'attribution des ressources judiciaires? Si la Cour suprême, par l'arrêt Singh⁵, a pu forcer l'État fédéral à attribuer des ressources à l'audition des réfugiés, en quoi serait-elle impuissante à l'égard de l'attribution des ressources nécessaires à la production des services de santé?

Cette auto-censure du droit n'est pourtant pas particulière au domaine des décisions relatives à l'attribution des ressources : elle résulte d'une vision positiviste du droit bien ancrée dans la tradition des pays occidentaux, aussi bien dans les pays de droit écrit que dans les pays de common law. La description que fait Ackerman, pour les États-Unis, de ce phénomène, rejoint de manière étonnante celle qui s'était imposée à moi pour le contexte canadien au cours de ma réflexion préparatoire à ce texte, et dont je viens de brosser l'image grossière. Dans un petit ouvrage⁶ où il livre une de ces synthèses succinctes et éclairantes qui font charnière dans la carrière d'un juriste, il résume en une phrase les fondements et les limites de l'approche positiviste, dont il dégage ensuite les postulats. Pour les tenants de cette tendance particulière du positivisme des common lawyers qu'il dénomme reactive lawyering, «no legal argument will be acceptable if it requires the lawyer to question the legitimacy of the military, economic and social arrangements generated by the invisible hand»⁷.

5. Singh et autres c. M.E.I., [1985] 1 R.C.S. 177.

6. Bruce A. ACKERMAN, *Reconstructing American Law*, Cambridge, Mass. et Londres, Harvard University Press, 1984.

7. Ibid., p. 25.

Cette approche traditionnelle, où le droit se résume à un ensemble de règles intangibles et surgies de nulle part, met en oeuvre cinq principes, dont les trois premiers sont applicables aussi bien dans un système de droit écrit que dans un système de common law. Ces postulats impliquent que la légitimité d'une pratique sociale ne relève pas du questionnement juridique; que la seule question pertinente pour le droit est celle de savoir si la conduite attaquée déroge aux normes institutionnelles et, enfin, que les parties sont les mieux placées pour définir les paramètres de leur situation⁸.

Cette conception positiviste, traditionnellement dominante dans la pensée des juristes, est depuis longtemps battue en brèche de toute part, depuis les auteurs italiens du début du siècle, jusqu'à la droite américaine de tendance Chicago-Law-and-Economics, en passant par la doctrine française, la sociologie du droit québécoise et les reconstructivistes américains. Pour les européens⁹ et les canadiens¹⁰, le droit dépasse le corpus des règles elles-mêmes pour englober l'univers juridique où elles sont produites, interprétées, appliquées : seule une telle approche, institutionnaliste, convient pour

-
8. Ibid., p. 26 et suiv. Les deux autres concernent la méfiance, particulière aux systèmes de common law, à l'égard de la codification et des «escapades statutaires» du législateur.
 9. Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, traduction française de la 2e édition de *l'Ordinamento Juridico*, par L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, Paris Dalloz, 1975; Jacques CHEVALIER, *Eléments d'analyse politique*, Paris, P.U.F., 1985; Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Blond et Gay, 1933; Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913; Georges RENARD, *Sur quelques orientations modernes de la science du droit*, Paris, Sirey, 1922.
 10. Harry W. ARTHURS, «Le droit comme instrument de l'intervention de l'Etat: un cadre d'enquête» dans *Le droit, la société et l'économie*, vol. 46 des études préparées pour la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, pp. 83-149; Roderick A. MACDONALD, «L'intervention réglementaire par la réglementation», dans *Les règlements, les sociétés d'Etat et les tribunaux administratifs*, vol. 48 des études préparées pour la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, pp. 89-174; «Pour la reconnaissance d'une normativité implicite et inférentielle», *Sociologie et société*, n° 1, pp. 47-59 et Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 C. de D. 91-120.

aborder la sociologie du droit, diront Rocher et Belley¹¹ ou même l'analyse intrinsèque du droit, dès qu'elle s'écarte de l'exégèse, estime Arthurs¹². C'est la même idée que reprendront, dans d'autres formulations, les américains contemporains des tendances les plus opposées : les tenants de l'école de Chicago¹³ rejoignent en effet les reconstructivistes¹⁴ pour affirmer qu'il faut élargir le cadre temporel (et en conséquence spatial et institutionnel) de la description des faits juridiques, à défaut de quoi le droit risquerait d'échapper son objet en le pinçant au lieu de le saisir vraiment. Au contraire, c'est en remontant dans la production du droit aux causes et aux sources des conflits qu'on trouvera les solutions.

Sauf à m'engager dans un tour complet de l'horizon théorique que j'ai promis d'éviter en abordant cette problématique, j'en aurai assez dit pour faire voir que, dans la perspective où je me suis placée, l'allocation, aux niveaux macro et intermédiaire, des ressources nécessaires à la production des services de santé, fait partie de l'objet du droit et peut-être régie par ses règles. Dans cette perspective, on devra donc explorer l'univers où se prennent les décisions relatives à l'attribution macro et intermédiaire des ressources publiques entrant dans la production des services de santé auxquels la population a droit, sans négliger pour autant leur distribution individuelle.

Certes, il existe déjà des règles de droit positif régissant cet univers : les règles constitutionnelles qui partagent les compétences et posent les limites et les impératifs que devront respecter les législateurs; les règles budgétaires fédérales que constituent les conditions des subventions, les règles de droit interne propres à chaque province qui structurent le secteur et déterminent les autorités gouvernementales et institutionnelles habilitées à prendre ces décisions et les processus qu'elles doivent respecter; les règlements internes que

-
11. Guy ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1989) 29 C. de D. 91-120 et Jean-Guy BELLEY, «L'Etat et la régulation juridique des sociétés globales: pour une problématique du pluralisme juridique», *Sociologie et société*, vol. XVIII, no 1, pp. 11-32.
 12. Supra, note 10.
 13. Notamment, en ce qui concerne cet aspect de leur théorie, G. CALABRESI, «Concerning Cause and the Law of Torts, an Essay for Harry Kalven Jr.», (1975) 43 U. ch. L. Rev. 69; KELMAN, «Interpretative Construction in Substantive Criminal Law», (1981) *Stan. L. Rev.* 591.
 14. ACKERMAN, cité supra, note 6.

les administrations des établissements ont adoptées pour mettre ces pouvoirs en oeuvre. On peut poser l'hypothèse qu'il y aurait déjà matière à réflexion à partir du seul constat des lacunes et des dysfonctionnalités que l'examen critique de ce corpus de droit positif est susceptible de révéler. Car le fait d'étendre l'objet potentiel de l'emprise du droit à ces autres niveaux d'attribution des ressources, et aux structures de micro-attribution souvent ignorées par le contentieux, ouvre des avenues intéressantes.

Mais on peut - et je crois qu'il faut - ouvrir encore plus largement les perspectives, en élargissant aussi les sources du droit, dont la doctrine contemporaine s'active à repousser les frontières.

II- L'attribution des ressources à tous les niveaux est régie aussi par des règles non gouvernementales, informelles et implicites

Non seulement le droit des positivistes se limite-t-il aux règles, sans tenir compte des structures qui les prédéterminent et du contexte global où s'inscrit leur efficacité, mais il ne prend même pas toutes les règles en compte. C'est la seconde critique à laquelle la conception traditionnelle du droit est confrontée, depuis longtemps par Romano et les institutionnalistes européens et, beaucoup plus récemment, dans des débats très actuels, d'ailleurs animés en grande partie par les mêmes auteurs dont nous avons vu qu'ils contestent également l'étroitesse de l'objet du droit.

Pour réduire encore une fois l'exposé théorique au minimum nécessaire, comme je m'y suis engagée au début de cette problématique, je me limiterai à rendre compte des nouvelles conceptions de Rocher et de MacDonald en matière de sources du droit, avant de montrer comment cette inclusion récente, dans le droit, de normes qu'il ignorait jusqu'ici, peut renouveler la problématique des rapports ressources/droit aux services.

Pour bien saisir l'apport de ces nouvelles conceptions, il faut se rappeler le large consensus qui prévalait encore très récemment entre les juristes sur l'identification des sources du droit. Entre la loi, la jurisprudence, la doctrine et la coutume, les juristes des pays de droit écrit et les common lawyers n'avaient en effet naguère de divergences que sur l'ordre de priorité d'application.

Les premiers privilégiaient la loi et son explication par la doctrine, dans un système où la jurisprudence servait d'illustration aux principes législatifs et où la coutume, refoulée au dernier rang des sources, n'avait de poids que validée par les tribunaux, encore qu'à des conditions exigeantes. Les seconds au contraire voyaient, dans cette coutume dont le droit écrit de tradition civiliste se méfie par définition, la vraie source d'un droit que la jurisprudence devait y lire, avec le moins possible d'intervention du législateur et en ne prêtant d'attention aux commentateurs que longtemps après leur mort.

Certes les deux systèmes se sont interpénétrés, notamment au Canada, où la jurisprudence sert, même au Québec, à établir des précédents permettant d'induire des règles complémentaires à la loi, alors que même la Cour suprême accepte de lire, et même parfois de citer, les auteurs de leur vivant. Et chacun de ces systèmes - le premier l'admettant moins volontiers que le second, du moins explicitement - avaient commencé d'intégrer à l'ensemble des règles que les tribunaux acceptaient d'appliquer des normes d'origine coutumière, autrefois étrangères au droit positif et auxquelles le principe de la primauté du droit, la *rule of law*, n'aurait pas attribué d'effet contraignant intrinsèque.

Pour illustrer ma pensée, deux exemples reliés à la problématique ressources/droit aux services conviendront : c'est sur «les attentes légitimes de la population» que la Cour supérieure et la minorité de la Cour d'appel d'Ontario ont fondé, en l'absence d'attribution statutaire expresse, le droit aux services de santé en cas d'urgence¹⁵, alors qu'on assiste au même type de promotion, par le pouvoir judiciaire, d'une pratique sociale au rang de règle contraignante, chaque fois que les tribunaux québécois définissent la faute professionnelle en matière de responsabilité médicale à partir des règles de l'art ou des règles d'éthique prévalentes dans le milieu où le litige est survenu.

Cette «aspiration», pour ainsi dire, des règles informelles et des pratiques sociales dans le tissu même du droit, à travers la passoire que constitue l'interprétation judiciaire des concepts flous, avait donc

15. *Yepremian c. Scarborough General Hospital*, (1978) 20 O.R. (2nd) 510 et (1980) 28 O.R. (2nd) 2974.

depuis assez longtemps déjà opéré une brèche, peut-être plus large qu'on ne le croit généralement, dans l'étanchéité des sources du droit. Mais il a fallu sans doute l'adoption de la Charte canadienne et d'instruments complémentaires dans le droit des provinces pour que se développe ici ce qu'il faut bien accepter de décrire comme une véritable crise des sources.

A partir du moment où les tribunaux se trouvaient dans la position non seulement de devoir définir le contenu, imprécis au départ, des droits constitutionnalisés, mais encore des expressions comme «société libre et démocratique» ou «les valeurs démocratiques, l'ordre public et le bien-être général des citoyens du Québec», il est devenu impossible de prétendre que des tribunaux neutres appliquaient, dans un vacuum politique, les règles du droit positif sans en créer de nouvelles à partir de normes élaborées ailleurs. Et la boîte de Pandore était ouverte...

C'est sur cet arrière plan que se profilent les théories respectives de Rocher et MacDonald. Pour Guy Rocher¹⁶, c'est en se limitant aux règles adoptées par les institutions étatiques que le droit des positivistes se pose en retrait de la réalité juridique. Ce n'est que récemment dans l'histoire de l'humanité que l'État a tenté de monopoliser le droit : même si sa tentative a largement réussi, il reste des plages libres où la société civile énoncerait des règles «juridiques» à partir d'institutions qui ne tiennent pas leur légitimité d'une habilitation normative attribuée par l'État ou sa loi. Le produit normatif de telles institutions constitue un corpus que Rocher désigne sous le vocable de «droit non étatique» pour le distinguer des règles que validerait la *rule of law*. Il donne comme exemple, entre autres, les règles de l'Église catholique et celles des clubs de bridge. En fait, cette théorie ne diffère de celle des institutionnalistes français que par son insistance à qualifier de droit, fût-il non étatique, des normes sociales que ces derniers qualifient de pré-droit, paradroit ou même infra-droit¹⁷. Ce qu'il importe de retenir, c'est que tous ces critiques du positivisme sont d'accord pour intégrer dans l'univers juridique, ou

16. Cité, supra, note 10.

17. Notamment: A.J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1: *Où va la sociologie du droit?*, Paris, L.G.D.J., 1982; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, P.U.F., 1978.

para-juridique, les normes produites par une institution, même lorsqu'elle ne tire pas sa légitimité de l'État et pourvu seulement qu'elle constitue un groupe organisé où sont désignés un définisseur, un interprète et un chargé de mise en oeuvre des règles.

Cette théorie, encore en voie d'évolution si ce n'est de définition, n'est pas - ni ne se prétend d'ailleurs - à l'abri d'une critique, cependant encore prématurée faute de réflexion suffisante¹⁸. Les juristes positivistes pourraient même être tentés de se réconforter en pensant qu'il s'agit là de l'opinion de sociologues estimant la définition du droit trop sérieuse pour être laissée aux juristes... Ce serait compter sans la contribution du Doyen MacDonald¹⁹, plus radicale encore.

Car si pour Rocher les règles de droit se limitent à celles qui émanent d'un organisme autorisé par la société, et donc structuré, MacDonald pour qui non seulement les règles, mais les institutions aussi, peuvent être implicites, n'a pas cette exigence. Pour lui, la «loi» d'un groupe réside principalement dans les motifs que le groupe invoquerait pour justifier son comportement ou choisir son orientation : on se rapproche du sens que les scientifiques attribuent au mot «loi», en l'employant pour désigner le principe explicatif de la régularité des comportements, dans la mesure même où l'on s'éloigne du sens juridique traditionnel du terme, où la loi c'est la contrainte externe.

Et c'est entre autres ce qui distingue ces deux théories : pour Rocher, le droit est imposé, par l'État ou par l'institution, mais c'est par définition une contrainte externe du groupe sur l'individu. MacDonald au contraire le voit comme une règle que l'on se donne ou à laquelle on adhère collectivement. Dans sa vision des choses, le droit ne se limite pas aux règles émanant des institutions (la loi, les décisions judiciaires) mais comprend aussi les normes qui résultent de l'interaction sociale non institutionnalisée, comme la coutume et l'usage, ou même «les présupposés tacites qui servent d'assise aux communautés et aux sous-groupes sociaux». A titre d'exemple de cette dernière catégorie

18. On pourrait lui opposer, notamment son effet d'annulation sans doute presque complète du champ des normes sociales non juridiques et le monopole de fait, à l'époque contemporaine du moins, de l'ensemble des États sur le territoire terrestre.

19. Cité, *supra*, note 10.

de normes, il se réfère au cadre sous-jacent à la prise de décision dans un groupe de musiciens interprètes, ou à celui que tente de dégager un doyen aux prises avec l'attribution, aux professeurs, des bureaux d'un nouvel immeuble facultaire.

Cette seconde théorie est sans doute également vulnérable à une critique, elle aussi encore en voie de gestation, faute de recul²⁰.

Mais les critiques potentielles de ces deux théories sont sans importance pour notre propos parce qu'elles ne contestent que l'attribution d'un caractère juridique aux nouvelles catégories de règles sur lesquelles elles attirent l'attention. Peu importe en effet, dans la perspective de réforme où a germé cette réflexion, que ces nouveaux corpus constituent, ou non, vraiment du droit. Si ce n'était pas du droit, il s'agirait quand même d'ensembles de règles ou de normes qui régissent réellement le comportement d'institutions ou de milieux et qui structurent, prédéterminent ou infléchissent les antécédents des décisions régies par le droit positif, seules rejointes généralement par le contentieux judiciaire. Constitue ainsi un tel ensemble de règles, notamment, celui qui régit dans les faits l'attribution préalable, aux niveaux supérieurs, des ressources nécessaires à la production et à la distribution des services de santé. Ce qui compte, dans cette perspective, c'est de découvrir ces règles souvent occultées et de cerner et qualifier leurs effets ainsi que le processus de leur émergence pour juger de leur caractère démocratique et équitable.

Deux catégories de règles, juridiques ou «adoptées-en-lieu-dedroit», peu importe, peuvent donc être dégagées de ces deux théories. La première est constituée des normes adoptées par des institutions sociales organisées et autorisées par la société mais non par l'État : c'est le droit non-étatique de Rocher. Dans le domaine qui nous intéresse, on peut sans doute donner l'exemple des normes

20. On peut prévoir qu'elle viserait ce postulat selon lequel le vrai droit serait celui que l'on se donne et non celui qui contraint unilatéralement. On hésite en effet à rejoindre Ignace de Loyola et Pauline Réage dans leur conception du fondement de la règle imposée aux jésuites et autres masochistes, ou à transposer aux conduites collectives des mécanismes comme l'introjection du sur-moi, élaborés par la psychanalyse pour rendre compte de comportements individuels. C'est pourtant ce à quoi il faudrait sans doute se résoudre si on acceptait la thèse de MacDonald.

émises par le Comité d'agrément des facultés de médecine du Canada, par les «pools» de médecins dans les hôpitaux, ou par les comités d'éthique, pour autant que ces organismes ne soient pas institués en vertu d'une loi qui les autorise à adopter ces règles, auquel cas les normes qu'ils émettent deviendraient du «droit étatique». Cette première catégorie est finalement assez étroite, compte tenu du petit nombre d'organismes qui, dans le monde contemporain, répondent aux critères institutionnels posés par Rocher, sans par ailleurs avoir été fondés par l'intervention de l'État.

La seconde catégorie est beaucoup plus «peuplée», si l'on peut dire et, de ce fait, prend peut-être une importance accrue dans le domaine qui nous intéresse ici : ce sont les normes que MacDonald décrit comme implicites, telles la coutume, les usages ou les «présupposés tacites qui servent d'assise aux communautés et aux sousgroupes». On y trouve aussi bien les règles d'éthique «immanentes», les critères d'attribution de l'équipement technologique entre les départements hospitaliers, de répartition de lits entre les médecins ou de fonds de recherche entre les équipes, «les règles de l'art» pour l'indication des traitements, etc.

Toutes ces normes non-étatiques, ces coutumes, ces usages, ces présupposés tacites, qui recoupent en fait ce droit marginal ou en devenir, que, dans le droit international, on a qualifié de «softlaw», ont en commun un certain nombre de caractéristiques qui les rendent particulièrement intéressantes dans l'optique d'une réforme du droit. Ce sont des normes qui échappent au droit positif; dans le meilleur des cas elles s'inscrivent au coeur de ses lacunes et, dans le pire, s'y superposent en le contredisant. Parce qu'elles naissent dans un contexte informel parallèle, où leur processus d'adoption échappe dans les faits au contrôle judiciaire et aux méta-règles qui régissent l'adoption même des normes, elles sont formulées à l'abri de la discussion publique et de l'examen critique, en des lieux décisionnels tout acquis à leurs producteurs et, le plus souvent, sans prise en compte des intérêts divergents de ceux qu'elles affectent au premier chef.

En effet, même si les définisseurs de ces ensembles de règles parallèles présentent cette particularité, dans le système canadien d'attribution des ressources de santé qui ne relève ni du marché privé, ni de la loterie, d'appartenir dans la plupart des cas à un appareil

étatique ou para-étatique, il ne faut pas conclure pour autant que leurs choix s'expriment toujours dans des décisions politiques dont ils doivent répondre devant la population, ni même dans des décisions administratives soumises à des critères de validité. Très souvent les ressources sont attribuées de manière discrétionnaire, informelle, au fil de décisions ponctuelles successives²¹ à partir desquelles on ne peut établir une «règle» ou une «norme» que rétrospectivement, par induction, en dégagant les présupposés tacites qui les ont inspirés et auxquels MacDonald fait allusion.

Il suffit de récapituler les exemples déjà proposés pour s'en persuader : l'accréditation des facultés; les listes de garde des «pools» et le nombre d'actes annuels que doit produire un médecin pour y appartenir; les critères d'attribution des budgets, des équipements, des lits, des fonds de recherche; les critères d'admission des patients, de choix des traitements et même parfois, quoiqu'à un degré moindre, les règles d'éthique, sont définis par des membres de la fonction publique ou para-publique ou des professionnels agissant sans cadre préétabli et utilisant leur discrétion dans leur propre intérêt institutionnel ou professionnel, sans que les intérêts des bénéficiaires des services qu'ils produisent selon ces contraintes ne puissent s'exprimer officiellement, ni ne soient le plus souvent pris en compte.

Devant cette réalité, infiniment plus vaste et moins précise que celle que recouvre le seul droit positif, il faut choisir entre détourner son regard ou faire face à ce magma de règles parallèles, parfois informes, souvent difficiles à repérer, mais toujours enracinées dans les milieux qui les produisent. La connaissance, l'analyse, l'évaluation de ces règles me paraît aussi nécessaire que l'analyse du droit positif pour établir le constat de base qui doit précéder toute proposition de réforme en ce domaine.

Conclusion

Même sans disposer du relevé exhaustif de ces règles et de l'analyse de leur contenu, le seul fait de reconnaître leur existence

21. Calabresi et Bobbitt identifient, dans l'ouvrage cité, supra, note 4, aux pp. 32-49, quatre modes d'attribution des ressources: marché, loterie, décision politique ou approche inductive par l'accumulation de décisions ponctuelles.

permet déjà de constater le caractère idéologique du concept de ressources «rares» et son effet d'occultation sur les choix de société qui précèdent la rareté dans la chaîne de causalité et la localisent volontairement ou, du moins, consciemment, dans le champ de la mission sociale de l'État où s'inscrit l'exercice du droit aux services de santé. Cette seule démystification suffirait à justifier mon propos.

Si j'ai pu en outre dénoncer l'absence des bénéficiaires de ces services des lieux décisionnels où se transigent leurs droits, absence superbement illustrée par les résultats préliminaires de la recherche de Guy Rocher - et cela de façon d'autant plus probante que ce fait, étranger à son objet de recherche, ne faisait même pas partie de ses hypothèses - j'aurai, moi aussi, produit un effet qui ne faisait pas partie de mon objectif de départ, à savoir montrer que le positivisme n'est pas neutre...

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES, DE LA THÉORIE À LA PRATIQUE?

Auteur(s) : Catherine LOUMÈDE

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : 249-266

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13555>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13555>

Page vide laissée intentionnellement.

LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES, DE LA THEORIE A LA PRATIQUE?

par Catherine LOUMÉDE*

Au delà des conflits d'intérêts «normaux» qui se vivent dans nos milieux de travail, que l'on puisse, à tout le moins, tenter collectivement d'avoir un peu d'envergure, ne pas éviter les débats de fonds et remettre en question certaines analyses ou visions, s'il le faut, afin de se définir un projet social stimulant qui devra inévitablement passer à travers des transformations au niveau de l'organisation du travail.

Beyond any «normal» conflicts of interest presently existing in our work environment, we must at least try collectively to be broad-minded by accepting to have background discussions and even question some of our visions or analysis of necessary, in order to define a stimulating social project that will survive through the changes at the work organization level.

*. Présidente de la Fédération des affaires sociales (CSN).

SOMMAIRE

Deux constats largement partagés	251
Des exemples illustrant ces deux constats	251
Des solutions connues	257
Les derniers évènements (la grève)	261
Conclusion	262

Mes propos surprendront peut-être certaines personnes. Ils pourront apparaître, à quelques-uns, contraires à certaines images qui, à l'occasion d'une négociation, sont projetées à la télévision et dans les médias écrits. Ce n'est pourtant pas le cas et j'espère que les discussions de ce colloque permettront de faire progresser notre réflexion sur la question de la gestion des ressources humaines.

PREMIERE PARTIE

Deux constats largement partagés

S'il y a un aspect de nos services sociaux et de santé où tous les groupes impliqués ont à gagner à se concerter et à s'entendre, c'est bien celui de la gestion des ressources humaines.

Sur cette question, nous faisons face actuellement, entre autres, à deux grands constats que tous les gens du milieu connaissent d'expérience mais qui ont aussi été faits par les chercheurs qui se sont penchés sur la question des ressources humaines en général et sur la gestion des ressources humaines dans les services sociaux et de santé plus particulièrement.

Premier constat:

Il y a une insatisfaction généralisée en regard du climat de travail et de l'organisation du travail. Cette insatisfaction ressentie est constatée à tous les échelons du travail, depuis les cadres intermédiaires, jusqu'à la dernière personne au bas de la hiérarchie du travail.

Deuxième constat:

Fait par les chercheurs: la dégradation du climat de travail sur une longue période de temps amène inévitablement une détérioration de la satisfaction et donc de la productivité. Ceci affecte la qualité des soins et des services offerts aux bénéficiaires. Il y a en effet une relation importante entre le climat organisationnel, la satisfaction au travail et le rendement.

DEUXIEME PARTIE

Des exemples illustrant ces deux constats

Les exemples suivants serviront à mettre en évidence les deux constats dégagés précédemment. Le premier exemple est tiré d'une brochure de l'AHQ:

«A tous les niveaux et selon des degrés variables, on observe des signes de désintéressement et d'indifférence, spécialement chez les employés dont la contribution personnelle est moins évidente ou dont le travail est en soi moins valorisant»¹.

Le deuxième exemple se retrouve dans une étude très élaborée de Pierre Fournier, professeur en sciences politiques à l'UQAM:

«La grande majorité des travailleurs s'entendent donc pour affirmer que le climat de travail s'est détérioré depuis quelques années. La plupart attribue cette détérioration aux coupures et aux lois spéciales du début des années 1980; d'autres, moins nombreux cependant, la situe au début des années 1970².

Parmi les indicateurs de ce climat négatif, on souligne le plus souvent la surcharge de travail et l'alourdissement des tâches, le stress accru, la désillusion généralisée, l'absentéisme élevé, la monotonie de la plupart des tâches, le manque de motivation, la baisse de productivité, les comportements individualistes et passifs qui ne favorisent pas le travail d'équipe, et des relations de travail bloquées et judiciarisées, où on essaye la plupart du temps de régler les problèmes à coup s de griefs³.

Plusieurs facteurs selon les répondants, expliquent la détérioration des climats.

-
1. Association des Hôpitaux du Québec, Gestion des ressources humaines en milieu hospitalier: Bilan et perspective, Montréal, Direction des ressources humaines, 1986, p. 62.
 2. Commission Rochon, Les climats de travail dans les services de santé et les services sociaux au Québec, par Pierre Fournier, juillet 1987 à la p. 15.
 3. Ibid. à la p. 16.

Les coupures et les restrictions et le manque de personnel et de ressources qui en découle, malgré une conjoncture de vieillissement de la population et d'alourdissement des cas, viennent évidemment en tête de liste⁴.

Au niveau du contenu de la tâche, on se plaint le plus souvent de la parcellisation, de la déqualification, de la monotonie et du manque de défi. Chacun a l'impression d'être isolé à l'intérieur de sa spécialité. Dans les laboratoires, l'introduction de nouvelles technologies, tout en augmentant la productivité, s'accompagne d'une déqualification des tâches. Chez le personnel soignant, on éprouve beaucoup d'insatisfaction parce qu'on a l'impression de ne pas avoir assez de temps pour assurer une bonne qualité des soins, et on voudrait participer de façon cohérente et complète aux soins des bénéficiaires en n'effectuant pas seulement l'entretien physique, mais aussi en participant aux besoins psychologiques des patients. Chez les cadres intermédiaires, on est généralement plus satisfait, mais on observe que les tâches administratives routinières et le contrôle constant du budget prennent de plus en plus de temps, et qu'il est donc très difficile de gérer les ressources humaines: «on nous demande de motiver notre personnel, mais nous n'avons pas le temps de le réunir». On est conscient de la baisse de motivation du personnel, mais on se sent «pris en sandwich entre les décisions de la

4. Ibid. à la p. 16.

direction et le mécontentement des employés»⁵.

Malgré la détérioration des climats, le niveau de conscience professionnelle demeure élevé, particulièrement chez le personnel soignant⁶.

Au niveau des conditions et de l'organisation du travail, on dénonce l'absence de possibilité d'avancement et de croissance personnelle, la rémunération insuffisante et les horaires, qui sont déterminés sans consultation⁷.

Mais c'est sans doute la précarisation croissante des emplois qui affecte le plus négativement le climat de travail. Le travail à temps partiel et le recours aux occasionnels ont énormément augmenté et plusieurs établissements fonctionnent avec des listes de rappel. Pour les jeunes et pour les femmes en particulier, cette précarisation tend à accroître l'insécurité et la démotivation⁸.

La sur-utilisation des temps partiels et occasionnels nuit à la continuité et à la qualité des soins, alourdit la tâche du personnel régulier et affaiblit l'esprit d'équipe⁹.

A peu près tous les intervenants, y compris les cadres supérieurs, considèrent que la formation acquise dans les institutions d'enseignement, aussi bien que la formation en cours

5. Ibid. à la p. 16.

6. Ibid. à la p. 17.

7. Ibid. à la p. 18.

8. Ibid. à la p. 18.

9. Ibid. à la p. 18.

d'emploi et les programmes de recyclage, ne correspondent pas aux besoins¹⁰.

Les cadres intermédiaires, par exemple, se sentent souvent incapables de gérer les budgets et les ressources humaines de façon satisfaisante¹¹.

Le climat qui prévaut dans la plupart des institutions est de type autoritaire plutôt que participatif¹².

A l'exception des cadres intermédiaires qui se considèrent relativement bien informés, les répondants sont à peu près unanimes à déplorer l'absence d'information, de consultation et de participation dans leurs établissements, et ils blâment les directions de ne pas être disponibles et à l'écoute, et de ne pas leur fournir les appuis et le support nécessaire¹³.

De plus, la majorité des répondants considère être trop encadrée et surveillée par les supérieurs immédiats et de ne pouvoir exercer d'autonomie au niveau de l'accomplissement de la tâche¹⁴.

Il existe bien dans certaines institutions certaines formes de consultation et de participation. Les cadres intermédiaires dénoncent eux aussi le manque de transparence de la haute direction, se disent peu consultés et se plaignent de

10. Ibid. à la p. 19.

11. Ibid. à la p. 19.

12. Ibid. à la p. 20.

13. Ibid. à la p. 20.

14. Ibid. à la p. 20.

n'être pas partie prenante aux décisions importantes qui affectent leur service¹⁵.

Selon l'Association des hôpitaux du Québec:

L'aspect des relations syndicales-patronales de même que l'interprétation de l'application des conventions collectives sont au centre des préoccupations des responsables des ressources humaines plutôt que le développement d'un climat organisationnel sain par le biais d'activités reliées à l'organisation du travail et au contenu des tâches, aux formes d'autorité et aux styles de gestion, au développement organisationnel, aux communications, à la circulation de l'information et à l'implication des employés¹⁶.

Même si les affrontements entre les patrons et les syndicats sont moins virulents que dans la dernière décennie, les relations de travail demeurent malsaines et bloquées. Le règlement des litiges passe par une judiciarisation de plus en plus grande. Le nombre important de griefs qui perdurent dans la plupart des institutions en sont un indice parmi d'autres¹⁷.

A la Fédération des affaires sociales (CSN), nous avons commandé une enquête sur les conditions de travail qui a rejoint plus de 600 travailleuses et travailleurs sociaux, oeuvrant dans les centres de services sociaux du Québec. Il s'agit, il faut le préciser, d'une enquête que nous avons voulue la plus objective et que nous avons confiée à un professionnel extérieur à notre organisation. On ne sera pas surpris d'apprendre que les services sociaux sont confrontés à un sérieux manque de ressources qui entraîne fatalement

15. Ibid. à la p. 21.

16. Ibid. à la p. 22.

17. Ibid. à la p. 22.

de l'insatisfaction et de la démotivation chez les intervenantes et intervenants sociaux.

L'étude nous démontre, par ailleurs, que l'organisation du travail est en soi un facteur ayant un impact sur la satisfaction dans l'emploi.

Dans l'ensemble, les personnes interrogées ont une évaluation relativement négative de l'organisation du travail dans leur établissement; seulement 20 pour cent d'entre elles la trouvent bonne.

Il existe malgré tout des variations significatives lorsque l'on compare les réponses venant des différents CSS (Centres de Services de Santé), ce qui permet à l'étude interne de conclure «que l'on retrouve une meilleure évaluation du travail dans les CSS qui accordent une plus grande responsabilité aux membres de l'équipe de travail». Autant dans les CSS que dans l'ensemble du réseau, une grande part de l'insatisfaction découle de la hiérarchisation à outrance des rapports entre les personnes, du manque d'ouverture à la collégialité et de l'incapacité de mettre à profit les connaissances et les expériences de chacun.

Dans un article récent publié dans le *Médecin du Québec*, le Dr Réjean Hébert fait état des succès obtenus par de nouvelles pratiques multidisciplinaires en gériatrie à l'Hôpital Youville, ici à Sherbrooke.

Dans sa description de l'équipe multidisciplinaire, le Dr Hébert fait une place à part entière aux préposés qui assurent les soins au chevet du résident.

Pour avoir observé ce qui se fait dans les services de maintien à domicile dans les CLSC et dans les unités de soins prolongés en centres d'accueil et en centres hospitaliers, je ne me tromperai pas en affirmant que le modèle de l'Hôpital Youville demeure un exemple rarissime malheureusement.

Le projet de loi, déposé par la ministre Thérèse Lavoie-Roux, sur la réforme de la Loi sur les services de santé et les services sociaux exclut les préposé-e-s aux bénéficiaires et les auxiliaires familiales du processus de consultation clinique. Pourquoi? Elles sont parmi les personnes qui passent le plus de temps en contact avec les patients et les bénéficiaires.

L'ordre social, la règle des castes, dans le milieu de la santé et des services sociaux, exigent-ils qu'il existe une catégorie de personnes

qui soient exclues et qui soient considérées comme de pures exécutantes?

Pour comprendre certains problèmes d'insatisfaction au travail, de démotivation du personnel du réseau, il faut examiner à mon avis des phénomènes qui dépassent le champ de la convention collective.

Il y a le manque de ressources, très certainement, mais il y a aussi la culture de l'organisation du travail et le style de gestion pratiqué dans le réseau.

Le style de gestion, qui se pratique dans le réseau a d'ailleurs été sévèrement critiqué par le rapport de la Commission Rochon.

Je vous cite, à la page 417 du rapport de la Commission Rochon:

- 1- «Le mode et le style de gestion qui caractérisent la majorité des établissements de services de santé et de services sociaux constituent les principaux obstacles à la motivation et à la valorisation des personnes. Cette gestion se caractérise par la rétention de l'information aux échelons supérieurs de la hiérarchie et par l'absence de consultation et de participation aux décisions pour la majorité des employés».
- 2- «De façon générale, l'information est en effet accaparée et gardée jalousement, tel un privilège, par la direction, le conseil d'administration et les cadres supérieurs. Elle ne se rend pas aux employés et, dans bien des cas, n'atteint pas les cadres intermédiaires eux-mêmes».
- 3- «La majorité des employeurs croient encore à l'autorité, comme mode de gestion et au "droit de gérance" comme renfort de l'autorité. Les employés sont essentiellement perçus comme des exécutants et le taylorisme se maintient comme système dominant d'organisation du travail principalement dans le secteur hospitalier».

TROISIEME PARTIE Des solutions connues

Il n'y a pas de solutions miracles ni de panacées à la gestion des ressources humaines qui nous permettent de tirer, à coup sûr, le meilleur de chacune et de chacun.

Cependant, plusieurs mesures et correctifs sont connus. D'autres restent à imaginer et à inventer. Certains ont déjà fait leur preuve dans quelques institutions de santé et de services sociaux. Je dirais que les résistances face au changement ne proviennent pas exclusivement du côté syndical, mais aussi du côté gouvernemental et des associations patronales. Pour mieux vous illustrer mon propos, je vous signalerai quelques exemples concrets où, du côté syndical des efforts ont été faits pour innover un peu, mais sans toutefois beaucoup d'écoute ou de succès auprès des décideurs.

La précarité de l'emploi

Depuis plus de dix (10) ans, comme organisations syndicales, la CSN et la FAS dénoncent la prolifération du travail précaire. Aujourd'hui le pourcentage d'emploi précaire dans le réseau de la santé et des services sociaux a atteint un seuil critique. Plus de 56% des emplois du réseau sont des emplois précaires. Malgré tous les impacts connus du travail précaire sur les personnes qui détiennent ce statut d'emploi, en terme d'insécurité et d'instabilité, tant sur le plan de l'organisation du travail que de l'organisation des services, ce ne sont pas les associations patronales, pas plus que le Ministère de la santé et des services sociaux, qui ont poussé des solutions concrètes en ce domaine. La Fédération des affaires sociales lors du renouvellement de la convention collective de 1985 a mis de l'avant, en accord avec les associations patronales, à titre expérimental dans 5 établissements, une formule de reconversion des heures travaillées par les personnes à statut précaire, en postes à temps complet. Cette formule originale a la qualité de réduire la précarité, de développer une stabilité dans l'emploi avec une répercussion sur la stabilité des services. Cette formule qui a fait ses preuves à titre expérimental, nous la ramenons au cours de cette négociation. Nous demandons qu'elle devienne maintenant une disposition de la convention collective en étendant ce mécanisme de reconversion pour l'ensemble des établissements. A la table de négociation, la partie patronale reconnaît, en théorie, l'efficacité de cette formule comme mesure pour réduire la précarité mais dans la pratique, refuse de s'engager pleinement dans le processus que nous avançons, nuance de beaucoup l'application et, dilue à toute fin pratique sa valeur.

L'information et la transparence

Constamment, nous revendiquons de la part des administrations plus de transparence et d'information dans la gestion des établissements. A chaque négociation, nous demandons des modalités qui permettraient aux syndicats de s'impliquer et de voir

venir à l'avance les changements dans les établissements. Quasi systématiquement, ces mécanismes nous sont refusés. C'est à coup d'argumentation et de pression multipliées que nous réussissons parfois à obtenir certaines dispositions concernant, entre autres, les changements technologiques.

A chaque fois, nous nous butons au même problème. Celui d'obtenir des engagements patronaux sur toutes les transformations et les modifications qui peuvent avoir des répercussions sur les services et sur le travail de ceux et celles qui ont à dispenser ces services. Retenir l'information, c'est semer le doute, la suspicion et entretenir un climat d'insécurité.

La formation et le recyclage

La formation et le recyclage sont des problèmes majeurs dans le réseau de la santé et des services sociaux. Le secteur public, en particulier dans le domaine de la santé et des services sociaux, accuse un grand retard par rapport au secteur privé et même par rapport au secteur de l'éducation.

La formation et le recyclage sont des mesures indispensables pour atteindre une meilleure productivité. Plus personne au Québec ne le nie. Dernièrement, 1600 intervenants du milieu des affaires, des syndicats et de l'éducation, réunis au Forum pour l'emploi faisaient consensus à l'effet que la qualité et le développement de la productivité passaient par une meilleure formation des employé-e-s. Il n'y a plus personne au Québec qui ose prétendre le contraire, sauf peut-être, notre gouvernement-employeur qui hésite encore concrètement à démontrer qu'il y croit, en injectant des sommes suffisantes dans la formation, le perfectionnement, la mise à jour et, le recyclage de leur personnel.

L'équipe multidisciplinaire

Si plusieurs chercheurs et intervenants vantent les mérites de l'équipe multidisciplinaire, comme outil d'implication et de prise direct sur notre travail, bien peu d'application concrète de ce mode de fonctionnement est faite. Encore là, c'est du côté syndical qu'il faut regarder les ouvertures et les propositions amenées pour que concrètement, dans la vie de tous les jours, les travailleuses et les travailleurs puissent avoir leur mot à dire dans l'évaluation des besoins des bénéficiaires. Cela n'a pas été sans peine. Il nous aura fallu plusieurs mois de négociation dans le dossier de la désinstitutionnalisation pour qu'enfin le Ministère de la santé et des services sociaux et les associations patronales acceptent de reconnaître

sur papier la pertinence d'une équipe multidisciplinaire pour évaluer les besoins. Je dois toutefois préciser que cette forme d'organisation du travail est loin d'être acquise, puisque catégoriquement le ministère et les associations patronales ont refusé, au cours de cette négociation, d'étendre cette formule dans le réseau, là où les besoins des intervenants-intervenantes le nécessitent et le demandent. Si les prétentions populaires sont à l'effet que les syndicats sont ceux qui sont les plus récalcitrants au changement, j'espère que les quelques exemples que je vous ai fournis contribueront à les démystifier. Car, dans les faits, les syndicats, plus souvent qu'à leur tour, voient les alternatives qu'ils proposent minimisées par la partie patronale.

Pourquoi? C'est la question que je pose. Pour ma part, je crois que les blocages ne sont pas seulement une question de mesures, de correctifs ou de solutions avancés. Je suis convaincue que le principal blocage réside au niveau des mentalités. Du côté patronal, nous constatons, et cela est particulièrement vrai au cours de cette négociation, la peur de perdre le contrôle, la peur de voir des droits de gérance diminués.

Du côté syndical, nous voyons les employeurs du réseau, comme tout gestionnaire de l'entreprise privée qui veut imposer sa vision des choses et considérer un syndicat comme un embarras.

Et pourtant, il y a un intérêt croissant pour ces questions d'organisation du travail, provenant peut-être du fait qu'il y a du côté syndical une approche nouvelle, qui consiste à rompre avec un certain syndicalisme nord-américain qui se résume à:

- 1- négocier des conditions de travail et plus particulièrement les salaires,
- 2- revendiquer de meilleures conditions de vie dans la société mais, à l'extérieur de l'entreprise. Et, en dehors de la négociation et de l'application de la convention collective, le syndicat laisse le soin aux patrons de gérer son établissement ou son entreprise.

Plusieurs ont compris aujourd'hui que cette approche a atteint toutes ses limites et qu'il est désormais compris que le changement social, voire l'amélioration des conditions de vie, doit passer par un changement de la réalité vécue chaque jour au travail. Ainsi, l'implication syndicale dans la vie de l'établissement n'a pas pour but de prendre le contrôle de la gestion, mais de mieux maîtriser son

rapport de force pour pouvoir agir comme agent de transformation sociale. Est-ce que cette même ouverture peut-être observée chez nos vis-à-vis?

Personnellement, j'observe chez les syndiqué-e-s des affaires sociales une très grande ambivalence. D'une part, il y a des transformations qui s'opèrent au niveau des besoins (ex.: vieillissement de la main d'oeuvre) et au niveau des valeurs (ex.: rapport avec le travail, la finalité du travail). Ces transformations sont vécues et discutées mais, d'autre part, les ajustements nécessaires à ces transformations s'articulent plus ou moins bien. Certaines sont plus faciles à formuler comme, par exemple, des demandes de pré-retraite, etc, mais d'autres sont plus difficiles, parce que même si le rapport au travail se transforme, ce qui domine actuellement chez ceux qui le questionnent, c'est l'insécurité économique. Or, cette insécurité économique vient à dominer complètement toutes les possibilités de changement. Est-ce normal? Oui, en quelque sorte. Chez ceux qui l'ont, ils vont tout faire pour la garder. C'est là que réside fondamentalement l'obstacle aux transformations tant et aussi longtemps qu'il n'y aura pas de certitude de planchers d'emploi, la rigidité de la notion de poste demeurera. Si le contenu du travail ne s'enrichit pas, quel intérêt un travailleur a-t-il à se qualifier?

QUATRIEME PARTIE

Les derniers évènements (la grève)

Je ne veux pas vous entretenir sur le bien-fondé ou non de la grève dans les services sociaux et de santé. Ce n'est pas l'objet de cet exposé. Je ne veux qu'illustrer un autre volet des problèmes actuels rencontrés dans la gestion des ressources humaines.

Jamais nous n'avions eu un vote de grève aussi élevé en pourcentage et auquel a participé un tel pourcentage des salarié-e-s.

Ces votes illustrent à quel point en est rendu le degré d'insatisfaction et d'exaspération des employé-e-s des services sociaux et de santé, à l'égard de leurs conditions de travail. Ces votes n'étaient pas, comme l'ont prétendu certains individus, l'expression d'une tendance à la délinquance, à l'inconscience et à l'irresponsabilité de ces employé-e-s. En effet, nous savons tous combien, quotidiennement, et sans tenter d'en faire des missionnaires et des héros, les employé-e-s de services de santé, dans leur ensemble, se consacrent à leur travail et sont proches des bénéficiaires. Nous-mêmes, dont moi-même comme présidente de la FAS, n'avions prévu

un tel vote. Nous avions nous-mêmes sous-estimé le degré d'insatisfaction.

Le gouvernement et la partie patronale, dont l'AHQ, avaient eux aussi sous-estimé cette insatisfaction et ce degré d'exaspération et, surtout ils n'ont pas saisi le message envoyé par ce vote.

Et ce message était bien davantage un appel à être entendu, à la discussion, à la compréhension mutuelle et donc à la négociation, qu'un cri de guerre.

Devant ce refus de comprendre ce message que j'ai moi-même à maintes reprises acheminé aux responsables gouvernementaux et patronaux et, face à un mépris encore plus grand à leur égard, il s'en est suivi ce que l'on connaît; on connaît les suites qui en ont découlé. Et, tout le monde savait que la situation était latente. Nous avons collectivement raté une occasion, à mon avis, d'indiquer de la considération vis-à-vis 150,000 personnes et plus.

CINQUIEME PARTIE Conclusion

En conclusion, je voudrais ajouter quatre choses. Premièrement, la précarisation des emplois est une situation qui a été voulue par les directions dans le but d'accroître leur marge de manoeuvre sur le personnel. D'ailleurs, je reconnais qu'il leur faut une certaine quantité de salarié-e-s en situation de travail à temps partiel. Et, cette situation de travail répond aussi à des besoins vécus par certaines personnes.

Le problème, c'est que les directions sont allées beaucoup trop loin, de telle sorte que les effets pervers de la précarisation des emplois l'ont actuellement emporté sur les objectifs recherchés, même par les directions d'établissements, et qu'elles ne sont plus capables actuellement, et ne le seront pas plus demain si la situation ne s'améliore pas, de gérer les problèmes engendrés par les excès qui ont été commis.

Deuxièmement, à mon avis, le processus de transformation de l'organisation du travail dans le secteur des affaires sociales et des services sociaux, comme ailleurs, pour pouvoir se réaliser exige un certain nombre de pré-requis. D'abord, que les objectifs communs recherchés soient clairs (sans nier par ailleurs qu'il subsistera toujours des conflits d'intérêts) ensuite, créer un climat de confiance par un fonctionnement transparent tant au niveau de la définition des objectifs que de la démarche empruntée.

Si les employeurs continuent de s'attaquer au contenu des conventions collectives, sans par ailleurs proposer des alternatives intéressantes et partagées, on ne peut se surprendre de la réaction des syndiqué-e-s à protéger leurs acquis.

La rigidité qu'on emprunte aux conventions collectives a d'abord, rappelons-le, été introduite par les employeurs. La flexibilité, voire la liberté au travail, a souvent été réclamée par les travailleurs et les travailleuses.

A défaut de pouvoir vivre une flexibilité enrichissante, les salarié-e-s, insécures, se butent aux propositions de changements.

A titre d'exemple, pour illustrer ceci, pensons à la décentralisation versus la centralisation de la gestion et de la négociation patronale-syndicale dans le secteur public. Aucune organisation syndicale n'acceptera de décentraliser le processus de négociation si son «vis-à-vis» renforce sa centralisation (voir Conseil du Trésor avec la Loi 37).

Troisièmement, j'avais toujours pensé, peut-être étais-je naïve, que cela impliquait un certain engagement social que de choisir et d'accepter d'être gestionnaire d'institutions publiques; c'est à dire d'être gestionnaire d'une institution, où une partie importante des impôts des québécoises et des québécois se transforme en services dispensés à toute la population et, dans un domaine aussi névralgique que celui de la santé.

Certaines directions des services sociaux et de santé font preuve d'engagement social et tentent sérieusement, avec compétence, compte tenu des contraintes qui leur sont aussi imposées, de gérer leur institution afin que les services de soins correspondent aux services attendus des bénéficiaires et de la population. Ces directions sont malheureusement minoritaires.

Et, à mon avis, si quelqu'un estime et croît que l'application obéissante, sans mot dire, des sanctions de la Loi 160 va faire en sorte d'améliorer le climat de travail, la satisfaction au travail et la productivité, de façon à améliorer la qualité des soins offerts aux bénéficiaires, et bien, cette personne ne mérite pas qu'on lui confie la responsabilité d'administrateur de nos institutions de soins de santé.

En effet, comment les administrateurs pourront-ils, ou pensent-ils, bien honnêtement, avec l'application de la Loi 160 au niveau de

l'ancienneté, améliorer le rendement et l'implication des salarié-e-s dans leur travail, s'il ne se soucient pas au départ des effets d'une telle loi, dans sa finalité, sur les services à dispenser à toute une population?

En relisant la brochure de l'Association des hôpitaux du Québec «Gestion des ressources humaines en milieu hospitalier», je me faisais la réflexion suivante: si l'AHQ mettait autant de détermination à inciter les employeurs à initier de nouveaux modes d'organisation du travail, à impliquer davantage les travailleuses et les travailleurs dans leur travail ou encore, à valoriser leur travail, qu'elle n'en met à faire en sorte que la Loi 160 s'applique dans tous les établissements, là nous pourrions, peut-être, assister à un changement radical et à un début de transformation des mentalités dans les relations de travail».

Enfin, nous sommes tout à fait disposés à nous asseoir demain matin ou aussitôt cette négociation terminée s'il le faut, avec toute association patronale et le gouvernement, pour chercher et déterminer, ensemble, des solutions aux problèmes auxquels sont confrontés les services sociaux et de santé. Je m'y étais formellement engagée en audience devant la Commission Rochon, où nous avons présenté notre politique de santé et de services sociaux, en précisant que si nous étions partie prenante et donc associées au processus de réflexion et de réforme des services, j'étais prête, si les autres dirigeants s'y engageaient aussi, à y prendre des positions et à aller les débattre et les défendre auprès de nos membres et sur la place publique et ce, malgré nos traditions syndicales. C'est la seule façon, il me semble, de passer des belles études, prises de positions et souhaits généreux à des gestes concrets qui améliorent la situation plutôt que de la détruire et la détériorer.

En terminant, il m'apparaît important de rappeler que le travail reste davantage une oeuvre collective, qu'une oeuvre individuelle. Que l'organisation du travail se définit et se transforme collectivement. Et que les finalités du travail se définissent socialement.

Dans ce sens, il est pour moi essentiel, au delà des conflits d'intérêts «normaux» qui se vivent dans nos milieux de travail, que l'on puisse, à tout le moins, tenter collectivement d'avoir un peu d'envergure, ne pas éviter les débats de fond et remettre en question certaines analyses ou visions, s'il le faut, afin de se définir un projet social stimulant qui devra inévitablement passer à travers des transformations au niveau de l'organisation du travail.

Changer des mentalités exige un cheminement à court, moyen et long terme, en ayant la préoccupation de respecter, malgré nous, le rythme des collectivités.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'ALLOCATION DES RESSOURCES ET SON IMPACT SUR LA GESTION
DES RESSOURCES HUMAINES DANS LES CENTRES HOSPITALIERS

Auteur(s) : Léandre NADEAU

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : 265-283

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13556>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13556>

Page vide laissée intentionnellement.

L'ALLOCATION DES RESSOURCES ET SON IMPACT SUR LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES DANS LES CENTRES HOSPITALIERS

par Léandre NADEAU*

*. Vice-président exécutif, Association des hôpitaux du Québec.

SOMMAIRE

LA SITUATION DES FINANCES PUBLIQUES	267
LA SITUATION FINANCIERE DES CENTRES HOSPITA- LIERS	268
LA MARGE DE MANOEUVRE DE L'ETABLISSEMENT EST EXTREMEMENT RESTREINTE	269
LA SITUATION DES RESSOURCES HUMAINES	270
CONCLUSION	275

Au cours de la décennie 1980, la gestion des ressources humaines dans le secteur public, et en particulier dans le réseau hospitalier, a été considérablement influencée par les orientations de la politique financière du gouvernement. Je vous entretiendrai donc en premier lieu de la politique financière du gouvernement. Par la suite, je dégagerai les impacts de cette politique sur la gestion des ressources humaines en milieu hospitalier.

LA SITUATION DES FINANCES PUBLIQUES

Depuis le début des années 1980, l'ensemble du secteur public et parapublic québécois a évolué dans un contexte budgétaire relativement restrictif. Cette situation n'est pas particulière au Québec puisque la plupart des pays industrialisés ont été contraints d'adopter une telle approche suite à la crise économique de 1982 et au développement fulgurant des capacités de production dans les pays asiatiques. Cette orientation était même antérieure à la crise économique de 1982 puisque dès la fin des années 1970, les pays formant le «groupe des sept» avaient convenu de limiter la croissance des dépenses publiques à un taux se situant en deça de la croissance de la production nationale. Ces pays étaient d'avis qu'une telle orientation était nécessaire pour corriger les déficits budgétaires, atténuer l'inflation et rétablir à moyen terme leurs capacités concurrentielles.

Il est maintenant évident que le régime d'amaigrissement en vigueur depuis bientôt 10 ans a eu des impacts importants dans à peu près tous les secteurs de dépenses publiques. Globalement, les dépenses du gouvernement du Québec ont été réduites en pourcentage du produit intérieur brut (PIB) de 25,7 % à 21,4 % de 1983-1984 à 1989-1990. Au total, au cours des quatre dernières années, c'est de quelque 5,9 milliards de dollars que le gouvernement du Québec a freiné l'évolution des dépenses gouvernementales, en limitant leur croissance à un taux le plus près possible du taux d'inflation. Toutes les missions gouvernementales ont dû, en quelque sorte, contribuer à cet effort d'assainissement des finances publiques.

Ainsi, la mission économique a vu ses dépenses en pourcentage du PIB diminuer de 0,3 % (soit 391 M \$), la mission éducative et culturelle de 1,1 % (soit 1 654 M \$), la mission sociale de 1,2 % (soit 1 927 M \$) et la mission administrative de 0,8 % (soit 1 189 M \$). Les dépenses du secteur santé et adaptation sociale, en pourcentage du PIB, ont été réduites de 0,5 % (soit 768 M \$). (Annexe 1)

Dans l'esprit du gouvernement, ce régime était absolument nécessaire pour s'attaquer à trois problèmes majeurs. En premier lieu, il a cherché à réduire le fardeau fiscal des contribuables afin de le rendre plus concurrentiel avec, notamment, l'Ontario. Deuxièmement, il a tenté de ramener le déficit au niveau des dépenses de capital afin de ne pas être obligé d'emprunter pour les dépenses courantes et ainsi hypothéquer les générations futures. Enfin, il a dû faire face à la diminution constante des transferts fédéraux. La réduction des dépenses publiques pour un montant de 5,9 milliards de dollars a servi à ces fins. (Annexe 2)

LA SITUATION FINANCIERE DES CENTRES HOSPITALIERS

En somme, compte tenu de ces objectifs, il restait très peu de disponibilités financières pour répondre à la croissance de la demande de services résultant du vieillissement de la population et du développement de la technologie médicale.

Durant la première moitié des années 1980, la situation financière du réseau hospitalier s'est détériorée très rapidement: le déficit des établissements en difficulté passa de 29,5 M \$ en 1983-1984 à 78,3 M \$ en 1984-1985 et à 160,5 M \$ en 1985-1986.

Depuis 1986, la situation financière des centres hospitaliers est beaucoup plus saine. Elle est le résultat d'un cadre de financement plus réaliste, de règles ministérielles beaucoup plus contraignantes et d'efforts systématiques des gestionnaires du réseau hospitalier et du Ministère visant l'atteinte de l'équilibre budgétaire. Malgré tout, on observe dans un certain nombre d'hôpitaux des déficits annuels représentant près de pour cent du budget des établissements, dont une bonne part s'explique par l'arrivée de médecins spécialistes dans les hôpitaux spécialisés des régions intermédiaires ou éloignées.

Le resserrement du cadre de gestion a cependant eu des impacts sur l'accessibilité aux services. L'Association des hôpitaux du Québec a calculé que les centres hospitaliers ont été contraints de réduire, de 1981 à 1987, d'environ 7,3 % l'offre de services de soins de courte durée pour les bénéficiaires de moins de soixante-cinq ans, soit 1,25 % par année. (Annexe 3) Le nombre de lits réellement utilisés dans les hôpitaux de courte durée a été réduit à chaque année. De plus, les centres hospitaliers accumulent des retards dans le développement de plusieurs services.

Par ailleurs, le contexte serré des finances publiques des dix dernières années a également eu des impacts très importants sur la gestion des ressources humaines.

LA MARGE DE MANOEUVRE DE L'ETABLISSEMENT EST EXTREMEMENT RESTREINTE

Examinons maintenant le problème d'allocation du point de vue de l'établissement.

Chaque centre hospitalier reçoit annuellement du gouvernement un budget global lui permettant d'assumer les dépenses nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

En théorie, il peut affecter ses ressources financières comme il le juge nécessaire pour satisfaire la demande de services. Cependant, dans les faits, sa marge de manoeuvre est très limitée. Elle est réduite par des contraintes de toute sorte. Les plus importantes sont les suivantes:

- la demande de soins s'accroît d'année en année et à cet égard, le vieillissement de la population du Québec apporte une pression très forte sur le budget des établissements;
- les conventions collectives sont très élaborées, elles varient entre 200 et 485 pages.
- comme toute entreprise du Québec, les centres hospitaliers doivent s'adapter et respecter les lois et règlements fixés par nos gouvernements. L'exemple le plus récent est le système d'identification des matières dangereuses utilisées au travail (SIMDUT). Dans un établissement universitaire ultra-spécialisé, on dénombre environ 3 000 produits différents dont environ 30 % sont réglementés par le SIMDUT et pour lesquels on devra informer et former tous les utilisateurs par des sessions variant d'une heure à un jour. Ce travail est essentiel. Cependant, comme nos centres hospitaliers fonctionnent avec un budget fermé, ils devront probablement assumer cette responsabilité à même leur budget global sans avoir la possibilité de refiler la facture au consommateur comme pourra le faire toute autre entreprise.
- par ailleurs, plusieurs changements dans l'organisation du centre hospitalier, telles une réorganisation administrative, une abolition de poste, une fermeture de service ou l'ouverture d'un

nouveau service, doivent être précédés d'une autorisation préalable soit du Ministère soit du Conseil régional.

Ces contraintes réduisent la marge de manoeuvre et la capacité de réagir rapidement aux problèmes rencontrés.

LA SITUATION DES RESSOURCES HUMAINES

Comme vous le savez, la répartition de la dépense dans un centre hospitalier de courte durée est d'environ 20 % en fourniture et 80 % en salaire.

Les fournitures comprennent principalement des dépenses incompressibles qui, souvent même, s'accroissent à un rythme beaucoup plus rapide que le taux d'accroissement du budget attribué par le Ministère. Ce sont, entre autres, les produits chirurgicaux et pharmaceutiques, les prothèses et orthèses, l'alimentation, l'électricité et le chauffage.

En conséquence, les impacts du cadre budgétaire étroit des années 80 ont pour une très grande part été assumés par un contrôle très serré des heures travaillées. Cette contraction du volume de la main-d'oeuvre a occasionné, entre autres, une réduction dans la composition des équipes de travail.

A. DES EQUIPES DE TRAVAIL MINIMALES

Prenons l'exemple de la périnatalité et de la pouponnière.

Dans ces secteurs, les équipes de travail dans les années 70 étaient généralement construites de façon à pouvoir répondre à la charge moyenne de travail ou, dans le jargon du milieu, à un volume de travail établi selon le taux moyen d'occupation des lits. Les restrictions budgétaires ont forcé les établissements à réévaluer ces équipes et à les ajuster à la baisse pour ne répondre qu'au taux minimum d'occupation.

En pratique, dans le passé, lorsque la charge de travail était inférieure à la moyenne, nous ne retournions pas le personnel chez lui: plus de temps était donc disponible pour accomplir les tâches requises.

Aujourd'hui, l'équipe étant réduite au minimum, on ajuste à la hausse le nombre de personnes présentes si la charge s'accroît mais cela nécessite une révision quasi-quotidienne et l'équipe ne bénéficie plus de ce que nous pourrions appeler des périodes de répit.

Dans les autres secteurs de l'hôpital, les équipes de travail ont été réévaluées et toutes les heures jugées superflues ont été défalquées.

En conséquence, même si certaines techniques de travail furent simplifiées ou que certaines activités furent carrément abandonnées, tous les travailleurs et travailleuses durent accepter un accroissement de leur charge de travail.

B. PRECARITE DES EMPLOIS

Cette situation eut comme effet de faire surgir un certain nombre d'emplois précaires.

Le nombre de postes à temps partiel, qui était déjà élevé depuis l'attribution par la convention collective d'une fin de semaine sur deux à tout salarié s'accrût sensiblement. La proportion des heures travaillées par les salariés à temps partiel a augmenté beaucoup entre 1980-1981 et 1986-1987, passant de 26,7 % à 35,0 %. (Annexe 4) Mais ce qui est particulièrement préoccupant, c'est le nombre d'heures effectuées par les salariés temporaires (ou les occasionnels) qui demeure élevé, soit 15,3 % des heures travaillées dans le réseau. C'est surtout cette catégorie de personnes qui subit la précarité de l'emploi.

Nous admettons qu'il y a beaucoup d'employés à temps partiel. Autant du côté patronal que syndical, les intervenants s'accordent sur la nécessité d'augmenter le ratio de postes à temps complet. Mais les employés ne souhaitent pas tous et toutes travailler à temps complet.

Bien au contraire, un sondage réalisé en 1988, pour le compte du Comité patronal de négociation du secteur de la santé et des services sociaux, démontre que:

- 71 % des salariés à temps partiel travaillent à temps partiel par choix personnel. Il faut cependant nuancer entre temps partiel régulier et temporaire;
- 74 % des salariés à temps partiel régulier sont satisfaits de leur statut; cependant, les employés à temps partiel temporaire le sont beaucoup moins; seulement 42 % des salariés à temps partiel temporaire sont satisfaits de leur statut.

Pour l'ensemble de tous les employés, s'ils avaient le choix:

- 56 % opteraient pour le statut de temps complet;
- 40 % opteraient pour le statut de temps partiel;

- 4 % opteraient pour effectuer du remplacement.

Les efforts des établissements consisteront donc au cours des prochains mois, et avec la collaboration des syndicats locaux, à entreprendre une démarche visant à convertir en heures régulières et en emplois permanents les heures de remplacement qui peuvent être converties.

C. LA CHARGE DE TRAVAIL

Les restrictions budgétaires et la réorganisation des équipes de travail qui ont suivi, couplées à l'augmentation des demandes de la clientèle et à l'alourdissement des bénéficiaires, ont sans contredit augmenté la charge de travail de l'ensemble du personnel.

Pour étayer cet avancé, on remarque à l'annexe 5 concernant l'évolution des heures travaillées de la main-d'oeuvre hospitalière de 1984 à 1989, que globalement la productivité s'est accrue de 3,81 %.

Cet accroissement de la charge de travail survient alors même que la clientèle s'alourdit et qu'elle requiert des soins de plus en plus complexes.

En effet, le vieillissement des patients hospitalisés, les critères d'admission plus sélectifs et l'utilisation accrue de structures de soins plus légères se combinent pour «alourdir» chacun des cas traités en hospitalisation. Certaines données individuelles recueillies par des systèmes de mesure de la charge des besoins en soins infirmiers confirment ce phénomène non seulement dans les centres hospitaliers de soins de courte durée mais aussi dans ceux de soins de longue durée.

(Annexe 6)

L'alourdissement des cas traités en hospitalisation est aussi associé à une complexification de plus en plus grande du profil diagnostique. Les tumeurs, les maladies de l'appareil circulatoire, les lésions traumatiques et empoisonnements et les maladies du système nerveux et des organes des sens sont les catégories diagnostiques qui voient le plus leur part relative augmenter entre 1981-82 et 1986-87.

Ces diagnostics sont aussi caractérisés par des séjours moyens supérieurs à la moyenne et par une utilisation plus intense de ressources diagnostiques et thérapeutiques spécialisées. Dans les cas de tumeurs malignes, des cardiopathies, des fractures, des maladies de l'oeil et de ses annexes, ces tendances à une plus forte incidence se

manifestent, même après avoir tenu compte du vieillissement de la population.

Faute de données québécoises sur un indice de complexité des cas, il est intéressant de citer l'expérience hospitalière ontarienne qui montre que la valeur d'un tel indice, ramenée à un cas moyen, a crû de 0,3 % par année entre 1984-85 et 1986-87.

Cette situation est fortement ressentie par tout le personnel mais plus particulièrement par le personnel directement affecté aux soins des bénéficiaires dont les techniciens et professionnels de la santé. Le temps disponible pour le traitement de chaque bénéficiaire étant diminué, ils ne peuvent accorder à celui-ci toute l'attention à laquelle il a droit et il en résulte un sentiment de dévalorisation.

Nous comprenons cette situation et estimons que si le réseau ne dispose pas au cours des prochaines années de ressources additionnelles suffisantes, le phénomène de l'alourdissement des cas traités remettra même en question le volume de patients actuellement traités.

D. INCIDENCE DES CONVENTIONS COLLECTIVES EN PERIODE DE RESTRICTION BUDGETAIRE

En période de restriction budgétaire, la gestion des conventions collectives, dont les dispositions peuvent s'étaler sur plusieurs centaines de pages, représente une course à obstacle extrêmement complexe.

Nous avons identifié que dans notre réseau, il existe plus de 250 titres d'emploi différents. Plusieurs libellés de ces titres d'emploi sont construits de façon telle que la tâche faite par une catégorie de salariés ne peut être accomplie par quelqu'un d'un autre titre d'emploi. Encore ici, lorsque les ressources sont abondantes, on réalise peu l'impact de cette situation sur les services. Mais en période de pénurie, alors qu'on doit revoir la composition des équipes de travail et obtenir plus de polyvalence du personnel, les titres d'emploi, construits de façon mutuellement exclusive, ressortent avec leurs conséquences: soit que la situation est maintenue même si elle est inefficace, soit que deux postes à temps partiel sont créés ou qu'une fusion de poste est acceptée par le syndicat. A noter qu'un refus du syndicat, à cet égard, oblige l'employeur au statu quo ante.

Comme nous en avons fait état précédemment, lorsque les équipes de travail sont établies pour répondre au volume maximum

d'activités ou même au volume normal d'activités, il est facile et parfois même économique d'accorder des congés en période de ralentissement d'activités, tout comme il est plus simple d'assumer l'entraînement du nouveau personnel.

Cependant, lorsque les équipes de travail sont au minimum et que leur charge de travail est très grande, toute absence est dramatique et l'entraînement du nouveau personnel est toujours perçu comme un fardeau pour le personnel en place. On exige du remplaçant qu'il soit en mesure de s'intégrer immédiatement et pleinement à l'équipe.

La même problématique survient lors des attributions de postes et des remplacements. Les équipes de travail tolèrent difficilement, en période de pénurie, qu'une personne prenne plusieurs jours à apprendre ce que son prédécesseur faisait seul sans l'aide et sans la surveillance des autres.

La charge de travail étant forte, l'inefficacité au sein de l'équipe n'est pas tolérée car elle se traduit par une surcharge de travail pour les autres.

Il est utile d'avoir une convention collective pour clarifier les responsabilités et les droits et développer et consolider la confiance entre les parties. Mais au moment où nous gérons la décroissance et lorsque les ressources sont limitées, cette convention collective devrait permettre une affectation efficiente et efficace des ressources humaines et financières.

E. LES TECHNICIENS ET PROFESSIONNELS DE LA SANTE

Les impacts dont nous venons de parler se vivent souvent avec plus d'acuité par les techniciens et les professionnels de la santé.

Comme nous le disions précédemment, ces personnes travaillant directement auprès des bénéficiaires, elles ressentent plus encore le sentiment de dévalorisation causé par l'accroissement du volume d'activités. Elles ont à traiter des cas plus complexes et en plus grand nombre qu'avant.

Elles doivent posséder une expertise plus grande, s'adapter plus rapidement aux nouvelles situations et travailler avec des technologies de plus en plus complexes qui évoluent à un rythme quasi infernal.

D'autre part, il existe parmi ce groupe de personnes une pénurie de main-d'oeuvre encore plus accentuée dans certaines régions de la

province. La situation des infirmières, bien que la plus connue, n'est pas la seule. A titre d'exemple: la main-d'oeuvre disponible est inférieure à la demande chez les physiothérapeutes, les ergothérapeutes, les techniciens en radio-oncologie et les techniciens en médecine nucléaire.

Nous nous retrouvons alors avec des postes vacants et des remplacements non comblés qui conduisent à un accroissement supplémentaire de la charge de travail et l'obligation morale pour plusieurs d'effectuer très régulièrement des heures supplémentaires.

F. LES CADRES

Dans cette problématique on oublie souvent les cadres. Pourtant, ils vivent pratiquement les mêmes problèmes que les salariés. Ils ont aussi subi une diminution d'effectifs, soit de 4,3 % entre 1980-1981 et 1986-1987; des postes ont été fusionnés, des tâches ont été regroupées et il n'est pas rare dans le réseau de rencontrer un gestionnaire supervisant plus de 45 salariés dans son service. Le suivi budgétaire étant plus serré, on leur demande de rendre compte plus régulièrement. L'ajustement des équipes de travail nécessite une évaluation parfois quotidienne.

Ils reçoivent à la fois les plaintes des salariés et des clients face à des décisions qui leurs sont imposées par des contraintes externes. Ils agissent comme tampon entre la clientèle, le personnel et la haute direction.

Les cadres doivent également s'adapter aux changements rapides de leur clientèle, à la modification des soins et services qu'ils ont à dispenser ainsi qu'à la technologie mise à la disposition de leur équipe de travail.

CONCLUSION

Notre conclusion portera sur deux plans et fera état des perspectives en gestion des ressources humaines et des perspectives financières.

L'Association des hôpitaux du Québec est consciente qu'un virage est nécessaire sur ces deux plans.

Dans le domaine de la gestion des ressources humaines le virage est déjà entrepris. Depuis plus de cinq ans, nous supportons les

établissements et les incitons à modifier leur philosophie de gestion afin que l'on cesse de limiter le débat simplement au niveau de la négociation de la convention collective, de l'application de cette convention et du traitement des griefs.

La gestion des ressources humaines doit tenir compte à la fois des aspirations des employés et de la nécessité d'offrir des services de qualité.

C'est dans cette optique qu'en 1988 nous avons lancé sur la place publique le vaste débat relié à la profession d'infirmière.

C'est aussi sur cette base que nos objectifs de négociation dans la présente ronde furent déterminés.

Nous souhaitons accroître la stabilité de la main-d'oeuvre notamment en augmentant le nombre de postes permanents.

Nous voulons revaloriser la présence au travail et responsabiliser les parties en terme de droits et obligations, tendre vers une déréglementation des conventions collectives et une appropriation par les instances locales des modalités d'application des conditions de travail.

La FIIQ et la FTQ ont compris le bien-fondé de nos objectifs et ont accepté des modifications aux conventions collectives en conséquence. C'est ainsi, à titre d'exemple, que nous avons obtenu pour les salariés à temps partiel une priorité de remplacement dans leur service et nous nous sommes engagés à effectuer, dans chaque centre hospitalier, une démarche de conversion des heures de remplacement en postes.

Il appartiendra aux établissements de procéder localement. Soyez assurés cependant que l'AHQ apportera à ses membres toute la disponibilité et le support nécessaires afin que les résultats soient satisfaisants.

En ce qui concerne les perspectives financières des centres hospitaliers, il apparaît clairement qu'un effort supplémentaire de financement devra être fait au cours des prochaines années pour faciliter la gestion des ressources humaines et maintenir l'accessibilité aux services, sans pour autant détériorer la situation financière des établissements.

Le redressement de l'état des finances publiques du Québec, réalisé par le gouvernement au cours des dernières années, nous permet d'être optimistes quant à sa capacité, à moyen terme, de financer adéquatement l'évolution du réseau hospitalier. Cependant, la conjoncture actuelle d'un ralentissement économique et d'un important déficit fédéral font craindre que les disponibilités financières du gouvernement demeureront extrêmement limitées à court terme.

Dans ces conditions, l'Association des hôpitaux du Québec croit qu'il est temps de s'interroger très sérieusement sur l'opportunité de diversifier les sources de financement du réseau. De plus, l'Association est d'avis que le gouvernement fédéral ne pourra pas continuer de réduire son financement des programmes de santé tout en maintenant des normes extrêmement rigides sur la gratuité des services.

ANNEXE 1

ANNEXE 2

ANNEXE 3

ANNEXE 4

ANNEXE 5

ANNEXE 6

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE PROCESSUS D'ATTRIBUTION DES RESSOURCES PAR LES
ÉTABLISSEMENTS AUX BÉNÉFICIAIRES : IMPACT SUR LE DROIT AUX
SERVICES ET SUR LA RESPONSABILITÉ « PUBLIQUE »

Auteur(s) : Louise LUSSIER

Revue : *RDUS*, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : **285-308**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13557>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13557>

Page vide laissée intentionnellement.

LE PROCESSUS D'ATTRIBUTION DES RESSOURCES PAR LES ETABLISSEMENTS AUX BENEFICIAIRES: IMPACT SUR LE DROIT AUX SERVICES ET SUR LA RESPONSABILITE «PUBLIQUE»

par Louise LUSSIER*

L'auteure se propose d'aborder l'analyse de la micro-allocation des ressources en milieu hospitalier en deux volets. Le premier discute particulièrement de l'effet limitatif de ce processus sur le droit aux services reconnu au bénéficiaire en vertu de l'article 4 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux (L.R.Q., c. S-5). Dans le deuxième volet, il est question de la reconnaissance de la responsabilité des établissements face aux bénéficiaires en vertu des régimes de droit privé dans le cadre des décisions d'allocation et sa qualification au titre de responsabilité publique.

The author presents an analysis of the micro-allocating process of the hospital resources under two approaches. The first one deals with the limitations imposed by this process on the right to health services as found in section 4 of the Health and Social Services Act (S.R.Q., c. S-5). The second approach focuses on the recognition of the hospitals liability under the civil law regime in connection with the decision-making process and its qualification as public liability.

*. Professeure, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	287
I Analyse des conditions d'exercice du droit aux services	289
- le permis et le plan d'organisation de l'établissement .	290
- les critères de disponibilité des services	292
- l'effet du droit au libre choix	297
- l'impact des propositions de modification	299
II La mise en oeuvre de la responsabilité découlant du processus décisionnel	300
- les régimes applicables: remarques liminaires	302
- la responsabilité reliée à l'organisation générale	304
- la responsabilité dans le cadre de la réglementation locale	307
CONCLUSION	310

INTRODUCTION

Le processus de micro-attribution des ressources se trouve réparti entre les mains de gestionnaires des établissements de santé et de services sociaux suivant deux lignes internes d'autorité, l'une administrative, l'autre professionnelle et plus spécifiquement médicale. Il ne nous appartient pas de reprendre l'analyse des processus de macro-attribution externes mais combien déterminants sur la marge de manoeuvre des gestionnaires qui est limitée ou restreinte par des décisions d'autorités extérieures aux établissements, qu'il s'agisse des ministères de la Santé, du Conseil du trésor, des conseils régionaux¹. Qu'il nous suffise de rappeler qu'ils constituent les limites du cadre d'action des établissements envers lequel ces derniers ont, somme toute, peu d'influence. Nous nous concentrerons plutôt sur les mécanismes internes relevant des structures et des modes de gestion mis en place par la Loi sur les services de santé et les services sociaux² dans le processus d'allocation des ressources, particulièrement dans les centres hospitaliers.

D'abord un mot sur ce processus. Il concerne à la fois la planification et le contrôle des ressources humaines, financières et matérielles dans la dispensation des services aux bénéficiaires. Dans la perspective de contraintes budgétaires liées à l'atteinte de budgets en équilibre, on comprend que, dans une certaine mesure, l'ensemble de ces ressources peuvent être qualifiées de rares. Mais, à l'analyse, certaines d'entre elles paraissent plus rares encore du fait de leur caractère ultraspécialisé. Dans le cours normal des activités des établissements toutefois, tels que les services de base d'un centre hospitalier, on peut poser l'hypothèse que la rareté des ressources apparaîtra inversement proportionnelle à la disponibilité des ressources. Du point de vue des bénéficiaires, plus une ressource apparaîtra disponible, moins elle devra être considérée comme rare.

Hormis cet exercice de sémantique, il demeure que la quantité des ressources disponibles (et assurément leur qualité) constitue au plan

-
1. Se référer particulièrement au texte de Andrée Lajoie «La macro-allocation des ressources et le droit aux services de santé».
 2. L.R.Q., c. S-5, ci-après L.S.S.S.S. Adoptée en 1971, (voir L.Q. 1971, c. 48), au moment de la réforme du système de santé au Québec, cette loi a connu de multiples modifications depuis lors qui ont façonné l'évolution du partage des pouvoirs de gestion.

juridique la mesure du droit aux services consacré à l'article 4 de la L.S.S.S.³. En effet, on y lit que:

«Toute personne a droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée, compte tenu de l'organisation et des ressources des établissements qui dispensent ces services».

Certes, ce droit permet de fonder la thèse que certains services sont exigibles en principe⁴, mais l'exigibilité devient en pratique réduite à une disponibilité par un ensemble d'autres dispositions légales et réglementaires qui, de manière directe ou indirecte, ont précisé le concept du droit aux services. Ces dispositions que nous allons examiner se rapportent aux structures et aux modes de gestion qui prévoient les conditions d'exercice du droit aux services à partir du processus d'attribution des ressources. Tel n'était peut-être pas à l'origine l'analyse du droit aux services mais son évolution récente conduit à une semblable lecture réductionniste⁵. A ces normes juridiques, il convient d'ajouter les politiques et les directives qui s'incorporent aux modes de gestion.

Mais au-delà de l'effet restrictif du processus d'attribution des ressources sur le droit aux services, c'est toute la question de la responsabilité de la gestion des établissements qui devient mise en cause. On doit la comprendre ici dans son sens administratif de responsabilité publique. En d'autres mots, les administrateurs et les

-
3. L'énoncé de ce droit à caractère social en droit positif québécois a été analysé par A. LAJOIE, L'émergence d'un droit social: le droit aux services, dans A. LAJOIE, P.A. MOLINARI, Pour une approche critique du droit de la santé, P.U.M., 1987, p. 21-56.
 4. On pourra se référer à l'étude de A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.M. AUBY, Traité de droit de la santé et des services sociaux, P.U.M., 1981, p. 81-116, 324-327, qui constitue le fondement doctrinal de cette thèse. Elle a été développée plus tard par A. LAJOIE, P.A. MOLINARI et J.L. BAUDOUIN, dans «Le droit aux services de santé: légal ou contractuel», (1983) 43 R. du B. 675. Cette thèse n'a toutefois pas connu à ce jour de réception favorable par la jurisprudence en matière de responsabilité médico-hospitalière. Le plus récent jugement qui s'y réfère est celui de la Cour d'appel dans Lapointe c. Hôpital Le Gardeur, C.A.M. 500-09-000744-805. Il comporte, sous la plume du juge Lebel, une réfutation pure et simple qui n'est pas, en toute déférence, sans comporter quelque contradiction. Il s'agit d'un obiter.
 5. Les travaux de recherche entrepris dans le cadre du mandat de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux (Commission Rochon), dont le rapport a été déposé en décembre 1987, rendent compte de cette atrophie: A. LAJOIE, P.A. MOLINARI, L.H. RICHARD, Le droit des services de santé et des services sociaux: évolution 1981-1987, Recherche 20, Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, Publications du Québec, 1987, Rapport V particulièrement.

gestionnaires des établissements peuvent-ils être tenus responsables des décisions qui influencent la disponibilité et la dispensation des services en termes quantitatifs et qualitatifs? S'ils en sont imputables, existe-t-il la notion de faute administrative distincte de la faute professionnelle? Cette hypothèse n'a reçu jusqu'à présent qu'une attention exceptionnelle. Les cas de refus de services sur la base de leur non-disponibilité qu'il s'agisse de l'effet des règles internes portant sur les listes d'attente, la fermeture de lits pendant les vacances, la réduction de services et le transfert de ressources, etc., ne sont pas fréquemment survenus ou, à tout le moins, ne sont pas connus. Ces décisions devraient-elles emporter la reconnaissance d'une responsabilité publique? Si oui, à qui des établissements locaux ou du Ministère devrait-elle échoir? et dans quelles conditions? Examinée sous l'angle du droit aux services, sans référence au cadre du contrat hospitalier⁶, la responsabilité reliée au processus d'attribution des ressources par les établissements mérite d'être discutée.

Avant d'y venir, il semble être utile de proposer la démarche suivante: d'une part, l'analyse des conditions d'exercice du droit aux services déterminées par les structures et les modes de gestion (I); d'autre part, la portée des décisions internes sur l'allocation des ressources à l'égard des bénéficiaires et de leurs relations avec les gestionnaires dans le cadre de la responsabilité publique (II).

I Analyse des conditions d'exercice du droit aux services

Sans reprendre ici l'examen détaillé de la reconnaissance du droit aux services de toute personne désirant recevoir des services de santé ou des services sociaux⁷, il nous importe plutôt de scruter la limitation apportée à ce droit par l'organisation et les ressources. Nos commentaires porteront sur la façon dont cette limite peut être décidée à l'interne au niveau de l'établissement. Dans cette optique, la lecture de la loi permet de révéler que la détermination de l'organisation et des ressources dépend du permis, du plan d'organisation et des conditions

6. La responsabilité médico-hospitalière au sens classique est analysée dans le texte de François Tôth «Contrat hospitalier moderne et ressources limitées: conséquences sur la responsabilité civile».

7. Mentionnons brièvement qu'il s'agit d'un droit d'accès à des services et d'un droit à leur obtention, complété par un droit à leur gratuité fondé à la fois sur la Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., c. A-28, et la Loi sur l'assurance-maladie, L.R.Q., c. A-29; voir LAJOIE, MOLINARI, AUBY, op. cit., note 4. La tentative de faire reconnaître l'article 4 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux comme base du droit à la gratuité s'est avérée infructueuse dans R. Dagenais c. C.L.S.C. Kateri, J.E. 88-1194 (C.S.).

de gestion affectant les critères de disponibilité des services, que nous verrons tour à tour.

- le permis et le plan d'organisation de l'établissement

En premier lieu, le permis de l'établissement indique la catégorie auquel il appartient (CH, CA, CSS, CLSC) de même que sa classe et sa capacité d'hébergement, le cas échéant, conformément aux autorisations et à l'agrément du Ministre⁸. Du reste, selon l'énoncé du législateur, il s'agit là des limites à l'intérieur desquelles l'établissement doit exercer ses activités⁹ et qui définissent généralement sa vocation. Mais elle est davantage précisée par le plan d'organisation qui est propre à l'établissement.

De manière particulière, on retrouve dans ce plan d'organisation à la fois l'organigramme administratif et la nomenclature des services de santé et des services sociaux regroupés dans les départements cliniques ou dans les unités de services de même que le nombre des effectifs médicaux¹⁰. Comme on s'en doute, l'ampleur du plan d'organisation est tributaire des ressources financières à la disposition de l'établissement attribuées annuellement par le Ministère de la Santé. La confection du plan d'organisation et l'agencement des directions et départements, pour autant qu'ils reviennent à la discrétion de l'établissement, sont prédéterminés à la fois par les dispositions légales et réglementaires¹¹ et par les décisions du Ministre approuvant les plans des effectifs médicaux, l'ouverture de services spécialisés, le budget détaillé, pour ne nommer que celles-là¹².

Sous la responsabilité du directeur général, le plan d'organisation identifie les structures mises en place en vue d'assurer la dispensation des services et dont la gestion paraît à première vue autonome. Cependant, les conditions de gestion, tant humaines, financières que matérielles, décidées au niveau central ou sur une base régionale, échappent pour une large part à la prise de décision locale. La sphère

8. L.S.S.S.S., art. 137. Le Ministre pourrait même apporter des modifications au permis d'un établissement au moment du renouvellement de sa seule autorité: Centre hospitalier Ste Jeanne d'Arc c. Johnson, J.E. 85-870 (C.S.). Il est intéressant de noter que cette décision, qui avait été portée en appel dont il y a eu désistement, conserve une valeur symbolique, les parties s'étant entendues pour ne pas procéder aux changements envisagés.

9. L.S.S.S.S., art. 140.

10. L.S.S.S.S., arts 69 et 70.

11. Il convient de se référer particulièrement au chapitre VI du Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements, Décret 1320-84, (1984) 116 G.O. II 2745, tel que modifié.

12. Voir, entre autres, L.S.S.S.S., arts 70.0.2, 70.1, 178.

qui lui est réservée paraît limitée à la distribution des postes budgétaires et administratifs nécessitant un arbitrage parfois douloureux par le conseil d'administration sur avis du directeur général. Celui-ci agit dans le sens des orientations reconnues aux activités de l'établissement, assisté en cela par un comité consultatif composé des cadres hospitaliers et des chefs de départements. Il dispose certes de certains pouvoirs pour adopter des mesures d'ordre administratif et budgétaire tout en respectant les attributions des diverses composantes de l'établissement¹³. Le processus de décision peut ainsi être partagé et il n'est pas toujours facile d'identifier le véritable décideur qui, au nom de l'établissement, peut organiser les soins et les services et dans quelle mesure, particulièrement en regard des activités médicales si l'on tient compte des responsabilités attribuées notamment au Conseil des médecins, dentistes et pharmaciens¹⁴. L'interprétation des termes vagues de la loi ne parvient pas toujours à refléter l'état des conditions globales de gestion¹⁵.

La marge de manoeuvre restreinte de la gestion interne imprime un caractère spécifique à l'attribution quotidienne des ressources au soutien des services devant être dispensés aux bénéficiaires. Cette situation affecte l'étendue du droit aux services, de manière indirecte mais non moins réelle, bien que le discours sur la gestion masque souvent la relation qui existe entre les deux. On peut imaginer que les directives reçues du Ministre imposent un véritable carcan à l'autonomie locale; cependant, il demeure encore plus surprenant de voir un établissement se réfugier derrière elles¹⁶. Compte tenu des pressions externes et du rapport de forces entre les différentes structures internes sur l'organisation et les ressources, on se doit de constater l'extrême fragilité

13. L.S.S.S.S., art. 105, par. e) et g) particulièrement. La dynamique de la gestion actuelle a été critiquée par la Commission Rochon dans son Rapport, Publications du Québec, 1987, p. 395-431.

14. L.S.S.S.S., art. 114. Le «pouvoir» médical continue à être un enjeu de la gestion hospitalière. Entre autres, la nomination des médecins s'apparente à «un régime de sécurité professionnelle qui restreint la discrétion administrative d'un centre hospitalier» selon les commentaires du juge Bernier dans *Galea c. C.H. Rouyn-Noranda*, (1984) C.A. 34, p. 41, s'appuyant d'ailleurs sur les propos du juge Chouinard, dans *Hôpital St-Luc c. Lafrance*, (1982) 1 R.C.S. 974, à la p. 982, qui parle d'une réconciliation difficile avec les vastes pouvoirs de gestion de l'établissement.

15. Une décision récente de la Cour supérieure dans le cadre d'une action en nullité au sujet de la détermination des conditions locales de l'administration de certains actes médicaux délégués d'aérosolthérapie illustre bien que le processus interne, absent de toute irrégularité sur le fond, peut présenter au niveau de la forme des difficultés de gestion cohérente: *Delisle c. Hôpital Général La Salle*, J.E. 89-449.

16. Cet argument a été invoqué dans une affaire intéressant les conditions de travail d'un employé modifiées à la suite de directives sur la réévaluation des tâches dans le cadre de coupures budgétaires: voir *Gilbert c. Hôpital général de Lachine*, (1989) R.J.Q. 1824 (C.S.).

du concept de disponibilité des services en fonction des critères ayant une base légale.

- les critères de disponibilité des services

Les critères de disponibilité que l'on retrouve éparpillés dans une série de dispositions légales et réglementaires font en sorte d'assujettir le droit aux services à des conditions de gestion administrative et d'exercice professionnel particulièrement en matière d'hospitalisation.

Hormis les cas d'urgence (précisons d'urgence nécessaire ou aiguë)¹⁷, non seulement la capacité d'accueil d'un centre hospitalier est-elle contraignante compte tenu du nombre maximal de lits et de leur répartition dans les départements, mais encore faut-il y ajouter les formalités de l'admission¹⁸. Celles-ci ne sont pas que de nature procédurale et se réfèrent à des critères médicaux, soit le diagnostic, et des critères médico-administratifs contenus implicitement dans l'exigence imposée au médecin demandant l'admission d'agir dans les limites de ses privilèges qui lui sont reconnus en tant que médecin rattaché à l'établissement. Il s'agit en fait d'une restriction qui n'a rien d'anodin: son apparition récente est venue contrer les effets d'une décision judiciaire dans l'affaire Poirier qui, tout en reconnaissant le droit aux services, le mettait à l'abri de contraintes administratives locales exorbitantes du cadre législatif et réglementaire en les écartant¹⁹. En l'espèce, il s'agissait de prioriser les demandes de services émanant de médecins membres du Conseil des médecins et dentistes de

17. En principe, l'obligation est claire et impose à l'établissement d'assurer les soins: Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements, art. 28. Voir aussi Loi sur la protection de la santé publique, L.R.Q., c. P-35, art. 43. Mais, il convient d'admettre que les cas d'urgence peuvent faire également l'objet d'une répartition obligatoire conformément aux normes régionales dans la région de Montréal, L.S.S.S., arts 18.3 et 18.4.

18. Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements, arts 22 et 26. Notons qu'il existe d'autres procédures d'accès aux soins lorsque l'hospitalisation n'est pas nécessaire, soit l'inscription et l'enregistrement, qui répondent à leur tour aux critères prévus au Règlement précité, arts 20 et 21.

19. Poirier c. Hôpital du Haut Richelieu, (1982) C.S. 511. La requérante demandait une injonction contre l'hôpital afin de l'obliger à lui fournir des services diagnostiques. Le juge l'accorde après avoir fait les commentaires suivants: «En vertu de la loi, la requérante est une bénéficiaire qui a droit aux services dispensés par l'hôpital intimé. La seule limite à ce droit est l'organisation et les ressources du centre hospitalier. Dans les faits, la limitation que l'on a apportée aux droits de la requérante n'est pas basée sur l'organisation, ni les ressources de ce centre hospitalier, mais sur une politique de l'hôpital qui n'est pas autorisée par un texte législatif et qui pénalise le bénéficiaire en voulant atteindre son médecin traitant. Le Tribunal en arrive à la conclusion que la requérante a droit de recevoir les services qu'elle a requis de l'hôpital intimé.»

l'établissement, condition qui n'était pas prévue comme elle l'est aujourd'hui au Règlement.

Dans cette perspective, il convient d'admettre que ce cadre législatif et réglementaire a connu une évolution restreignant de plus en plus l'exercice du droit aux services bien qu'il continue à moduler la validité des conditions établies dans chaque établissement. C'est ainsi que l'établissement possède le pouvoir de réglementer l'allocation des lits et les critères d'admission en autant qu'il s'accordent avec les conditions déjà mentionnées. Or, le contenu type de cette réglementation reprend les formalités d'admission en y ajoutant les procédés et les formules pour usage interne dans le respect des règles locales applicables.

Il s'avère que, dans la pratique, les règles ainsi visées paraissent correspondre aux règles de soins et de l'utilisation des ressources élaborées dans les divers départements cliniques du centre hospitalier et dont la loi a reconnu l'existence et en a permis l'élaboration²⁰. Dans les deux cas, il revient au chef de département clinique de les rédiger et d'obtenir les approbations requises à leur entrée en vigueur par le conseil d'administration après consultation du conseil des médecins, dentistes et pharmaciens. Bien qu'en apparence éloignées de la demande de services, à commencer par l'admission, ces règles n'en sont pas moins destinées à encadrer les conditions de la prestation de services, notamment, dans l'exercice des privilèges médicaux. On comprend dès lors que ces règles de soins et d'utilisation des ressources affectent potentiellement les services que les bénéficiaires prétendent avoir le droit de recevoir²¹.

Il convient toutefois de se demander si leur effet cumulé aux autres dispositions réglementant l'admission et l'accès aux services s'harmonise avec la limitation du droit aux services contenue dans l'expression «compte tenu de l'organisation et des ressources» à l'article 4 de la loi. Soulignons au départ que l'énoncé de cette limitation ne comprend pas de renvoi à d'autres dispositions législatives, l'article 4 ne comportant pas les mots «sous réserve de toute disposition applicable»²². Cela ne

20. L.S.S.S., arts 71.1 (2^o) et 71.2 (2^o).

21. On avait tenté dans l'affaire Poirier de justifier la politique interne contestée sur la base de l'article relatif aux règles d'utilisation des ressources. Le juge, dans un obiter, tout en ne se prononçant pas sur l'effet qu'il produirait sur le droit aux services, étant donné que l'article en question n'existait pas au moment des faits, ne semble pas exclure son impact.

22. Il s'agit là de la formule habituelle rendant compte d'une hiérarchie des normes: voir P.A. COTE, *Interprétation des lois*, Ed. Y. Blais, 1982, p. 306. Par ailleurs, on trouvera dans l'étude de A. LAJOIE, op. cit., note 3, les raisons de cette non-inclusion malgré l'intention manifeste de se référer aux autres dispositions de la loi.

signifie pas pour autant que rien dans la loi ou les règlements ne peut apporter de précision à cette disposition, à moins de soutenir un raisonnement spécieux. Par interprétation nécessaire, il convient d'admettre que l'énoncé du droit aux services se lit de façon subordonnée au renvoi implicite aux conditions légales et réglementaires visant l'organisation et les ressources²³. Bien que difficiles à identifier de manière exhaustive, ces conditions doivent être comprises d'après le contexte même si les textes ne sont pas limpides et d'après leur application concrète. Toutefois, en tant que restrictions possibles du droit aux services, elles devraient selon nous faire l'objet d'une lecture la plus susceptible d'en permettre l'exercice²⁴. Il devrait en être ainsi particulièrement dans le cas des dispositions portant sur les règles de soins et d'utilisation des ressources dans la mesure où ces dites règles paraissent préciser le contenu de l'expression «compte tenu de l'organisation et des ressources», tout en étant définies par elle.

Il demeure cependant permis de soulever certaines difficultés d'ordre juridique notamment quant à leur nature normative et à leur caractère d'opposabilité face aux tiers que sont les bénéficiaires²⁵. En effet, les règles de soins et d'utilisation des ressources, en dépit du langage utilisé, ne sont pas des règles au sens juridique strict, mais plutôt des éléments de conduite professionnelle dans le cadre de la qualité et de la disponibilité des services²⁶. Du reste, l'autorité du chef de département qui les élabore se rattache à son pouvoir de gestion et de surveillance, le situant à mi-chemin entre la hiérarchie administrative et professionnelle de l'établissement mais dont la responsabilité ultime demeure limitée. Par ailleurs, en visant essentiellement les médecins dans les départements où ils sont rattachés, ces règles sont sans doute obligatoires à leur égard, étant donné les sanctions qui s'y rattachent²⁷, mais le deviennent-elles indirectement pour les bénéficiaires? Certes, on peut estimer que ces règles concernent la gestion et ne se

23. Comme il a été décidé dans une affaire découlant de l'interprétation de l'article 8 de la Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., c. P-34.1, équivalent de l'article 4 de la L.S.S.S.S., Protection de la jeunesse - 321, (1988) R.J.Q. 903 (C.S.).

24. Voir dans le même sens, LAJOIE, MOLINARI, AUBY, op. cit., note 4, p. 98.

25. Dans leurs travaux de recherche pour la Commission Rochon, où l'on retrouve pour la première fois une étude de ces questions, les auteurs LAJOIE, MOLINARI, RICHARD font mention de plusieurs problèmes: voir Rapport I, p. 53 et s., op. cit., note 5.

26. Pour l'heure, on n'a pas encore de qualificatif précis pour les identifier. Leur contenu normatif n'est d'ailleurs pas facile à définir.

27. Il semble qu'il puisse s'agir de sanctions administratives et de mesures disciplinaires dont la portée reste problématique. A titre d'exemple, un chef de département ne peut décider du renvoi d'un médecin au motif du non-respect des règles, Portnoy c. Mendelson, J.E. 86-557 (C.S.). Quoi qu'il en soit de ce problème, on doit noter que la portée de ces règles vise également l'exécution d'une ordonnance d'un médecin non membre du CMDP de l'établissement en vertu de l'art. 71.4 de la L.S.S.S.S.

préoccupent pas de la dispensation des services proprement dite. Cependant, elles possèdent certainement un impact non négligeable parce qu'elles s'appliquent quotidiennement dans la réalité de l'organisation et des ressources de l'établissement. Dans la mesure où le droit aux services est concrétisé par des conditions d'accès médicalisées et canalisé par un intermédiaire inévitable qu'est le médecin, on voit très bien que le droit aux services des bénéficiaires dépend ultimement de la soumission du médecin aux règles de soins et d'utilisation des ressources. Ce processus interne à la fois administratif et disciplinaire comporte des incidences qui débordent le cadre de la gestion des ressources.

Loin d'être illimités, les services destinés aux bénéficiaires sont comptabilisés d'après les conditions de gestion et ne paraissent que dans la mesure du possible établis et offerts en fonction des besoins de santé. La disponibilité des ressources détermine la disponibilité des services qui vont à leur tour influencer sur les besoins et non l'inverse auquel le modèle du système de santé québécois semblait devoir nous conduire. L'on commence ainsi à admettre, en raison de la pénurie (réelle ou provoquée) des ressources, l'existence d'un écart entre les besoins de santé et les services et même, de façon plus honteuse, à accepter le fait que certains besoins de santé ne pourront être comblés²⁸. Il s'agit déjà là d'une admission faite à l'égard de la situation de bénéficiaires en régions éloignées; voici qu'elle est maintenant énoncée dans le cas de certains services spécialisés et, fait remarquable, dans le cas de services diagnostiques de base. Diminution, suppression, raréfaction des services: telle est la réalité. Que peut vouloir dire le droit aux services suivant l'analyse classique en ce qui a trait à des services qui n'étant plus disponibles, ne peuvent plus être désormais exigibles en fonction de l'obligation correspondante de l'établissement de les fournir, obligation qui de plus en plus s'amenuise²⁹?

Il ne s'agit donc pas à l'article 4 d'un droit absolu de recevoir tous les soins requis quel qu'en soit le coût et quels que soient les services

28. Il en va de même en matière de services sociaux dans le cadre du système de la protection de la jeunesse; un juge du Tribunal de la jeunesse ne peut valablement ordonner de fournir des services lorsqu'ils ne sont pas disponibles: voir le jugement à la note 23.

29. Il en allait ainsi des services de garde, d'urgence, de laboratoire et des services hospitaliers généraux; Voir LAJOIE, MOLINARI, BAUDOUIN, loc. cit., note 4, pp. 690-698. Mais l'étendue de ces services demeure fonction de la décision de l'établissement. Comme le mentionnait le juge Jacques dans l'affaire Lapointe (note 4) à la page 17 de ses notes: «L'obligation de l'hôpital de fournir des services de santé est donc limitée à la structure qu'elle (sic) s'est donnée dans son service d'urgence. Cette limite est variable.»

disponibles³⁰. Non seulement les bénéficiaires ne sont pas assurés de recevoir les services auxquels ils ont droit, même si leur état le nécessite et les formalités d'accès peuvent être remplies, mais au surplus, ils ne sont pas en mesure de connaître l'étendue réelle de leur droit, d'exprimer leurs besoins et de réclamer un service particulier d'après des modalités qu'ils pourraient discuter. D'ailleurs, les bénéficiaires ne peuvent véritablement trouver appui sur le droit au libre choix que semble leur reconnaître la loi à son article 6 dans la sélection d'un professionnel et d'un établissement.

- l'effet du droit au libre choix

Ici, de façon non équivoque, l'énoncé du droit comporte une réserve clairement exprimée d'assujettir le droit de libre choix à toute disposition législative ayant un effet limitatif sur cette liberté de choix. La question demeure posée de savoir comment reconnaître semblable disposition; en l'absence de critère spécifique, on peut présumer que toute disposition se rapportant à l'organisation, à la gestion et à la dispensation des services, même interprétée de façon restrictive, comporte potentiellement un effet limitatif sur le libre choix. A moins d'un cas de discrimination, contraire à la garantie prévue à l'article 5 de cette même L.S.S.S., les contours de ce droit apparaissent donc étroits au risque de lui attribuer un caractère artificiel dans la réalité. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à se référer au processus régional ou sub-régional d'admission en longue durée que la loi confie aux conseils régionaux à partir des critères des établissements³¹. Analysé dans l'affaire Favre, le juge a ainsi conclu que s'il y a effectivement de semblables dispositions législatives ayant un effet limitatif, le libre choix n'existe plus³². Dans ce cas, le bénéficiaire ne pouvait empêcher par voie d'injonction son transfert inter-établissement d'un centre hospitalier à un centre d'hébergement au motif qu'il avait droit de choisir le premier, compte tenu du système mis en place relatif à la gestion des soins de longue durée qui lui fait échec. On pourrait également appliquer ce

30. Pour reprendre les commentaires du juge Rioux dans un jugement non rapporté cité avec approbation dans l'affaire mentionnée à la note 23.

31. L.S.S.S., art. 18.1; Règlement sur les services de santé et les services sociaux, arts 31 et s.

32. Favre c. Hôpital Notre-Dame, (1984) C.S. 182. Notons que le jugement a été infirmé par la Cour d'appel pour des motifs se rapportant à la procédure d'injonction (1984) C.A. 548. Ayant connu un règlement hors cour, l'affaire n'a pas eu de suite judiciaire, ce qui n'indique pas pour autant que le débat soit terminé.

raisonnement à la pratique de la sectorisation en soins psychiatriques encore qu'il faille ici mettre en doute sa légalité³³.

Ainsi, les limitations rattachées à l'exercice du droit aux services et du droit au libre choix, qu'il s'agisse de mesures préalables reliées à l'organisation ou de décisions concomittantes à l'exercice du droit par un bénéficiaire particulier ou encore de moyens de contrôle ex post facto de l'exercice médical, se comprennent à la lumière de la gestion du processus d'attribution des ressources³⁴. On doit admettre cependant que les conditions de cette gestion sont parfois incomplètes, parfois vagues, ce qui ne contribue guère à rendre compte de la situation d'un point de vue juridique. Le vocabulaire utilisé, les concepts de référence, la position des structures et des modes de gestion se transposent difficilement dans une analyse rigoureuse des droits et des obligations dans les rapports entre bénéficiaires et établissements. Tel est donc le constat du droit actuel; il reste à savoir si les propositions de réforme permettront d'y voir plus clair.

- l'impact des propositions de modification

Rappelons que dans ses recommandations, la Commission Rochon appelle au recentrage des services sur la personne³⁵. Le Guide des orientations présenté par la Ministre Lavoie-Roux par la suite réitère la volonté d'assurer la primauté de la personne de même que le respect de ses droits et de sa dignité³⁶. Il n'est pas facile d'opérer la cristallisation de tels discours dans un cadre légal. Toutefois, si l'on en juge les tentatives menées dans le récent avant-projet de loi sur les services de

33. Cette politique mise en place dans certaines régions sanitaires vise à orienter un bénéficiaire nécessitant des services psychiatriques vers un centre hospitalier de la zone de sa résidence. En l'absence de cadre législatif prévoyant son élaboration, on peut penser qu'elle ne peut faire obstacle aux droits inscrits dans la L.S.S.S.S.

34. Il en va également de même du droit de recevoir des services en langue anglaise inséré à l'article 5.1 dans la L.S.S.S.S. en 1986 (L.Q. 1986, c. 106, a. 3). Dans une décision récente visant le sursis d'exécution d'une décision du commissaire du travail accueillant une plainte de congédiement illégal en vertu de l'article 42 de la Charte de la langue française, la portée prépondérante du droit prévu à l'article 5.1 de la L.S.S.S.S. a semblé être écartée: C.S.S. Ville-Marie c. Dufault, (1989) R.J.Q. 1853 (C.S.). On peut toutefois estimer qu'en raison du caractère particulier de cette décision, tant sur le fond que sur la procédure, cette opinion demeure discutable.

35. Rapport, op. cit., note 11, p. 690.

36. Ministère de la santé et des services sociaux, Pour améliorer la santé et le bien-être du Québec, Orientations, Publications du Québec, 1989, p. 52-53. Voir notre chronique, «L'impact des orientations gouvernementales sur le développement du droit de la santé dans les années 1990: une première évaluation», (1988-89) 19 R.D.U.S. 467.

santé et les services sociaux³⁷, il y a lieu de demeurer circonspect. Pour ne citer que quelques exemples illustrant ce propos, mentionnons que l'on retrouve, tel quel, l'actuel article 4 sur le droit aux services alors que le processus de gestion demeure inchangé. Par contre, l'on peut s'interroger sur le progrès que permettra de réaliser, d'une part, l'énoncé à l'article 5 d'un droit spécifique d'être informé des services de santé et des ressources disponibles de même que de leurs modalités d'accès. Il en va de même, d'autre part, de l'explicitation à l'article 147 de l'obligation de l'établissement de dispenser des services, en contrepartie du droit des bénéficiaires, compte tenu du pouvoir de l'établissement de déterminer ces mêmes services à l'article 150. Somme toute, il s'agit là de retouches mineures sur un tableau déjà assombri par l'impression d'inachevé qui subsiste.

Mais il n'empêche que cette conclusion sévère et peu encourageante pour les bénéficiaires révèle la précarité du rôle des gestionnaires dans le processus d'attribution des ressources qui se trouvent soumis à des règles et à des normes restreignant toujours davantage leur champ d'action et leur autonomie. L'évaluation de leur performance réside beaucoup plus dans la conformité au modèle de gestion imposé en termes quantitatifs plutôt que qualitatifs. Il n'est pas surprenant d'entendre parler aux côtés de la gestion de la décroissance et de l'équilibre, de la gestion des risques et de la qualité, puisque tout se gère. Mais la centralisation des pouvoirs et l'accentuation des contrôles externes dénaturent le processus décisionnel interne et remet en cause l'apparente responsabilité locale des établissements et de leurs gestionnaires à l'égard de leurs clientèles. C'est ce que nous allons maintenant aborder.

II La mise en oeuvre de la responsabilité découlant du processus décisionnel

La question qui est ici posée est celle de savoir si les décisions administratives reliées à la gestion, suivant le découpage entre les diverses autorités, peuvent avoir quelque conséquence sur le plan de la responsabilité des gestionnaires, de l'établissement et des organismes de tutelle tels que le Ministère et les conseils régionaux. Il s'agirait alors d'une responsabilité dite publique qui se différencie de la responsabilité civile reliée à la prestation de soins et de services de santé. Ce type de

37. Cet avant-projet de loi, déposé en juin 1989 à la 62^e session de la trente-troisième législature de l'Assemblée nationale du Québec, a été soumis pour consultation en commission parlementaire à l'hiver 1990. Le nouveau ministre responsable, Monsieur Côté, a toutefois décidé de le retirer et d'en présenter un nouveau à l'automne suivant. Il est difficile de prévoir pour l'heure que les dispositions discutées ici seront modifiées.

responsabilité suppose que les décisions concernant l'organisation des services et la disponibilité des ressources puissent engendrer des fautes que l'on pourrait qualifier d'administratives, elles-mêmes distinctes des fautes professionnelles dans le champ classique de la responsabilité civile. Telle que nous l'utilisons dans ce contexte, l'expression responsabilité publique³⁸ signifie, non pas un régime exceptionnel de responsabilité soumis au droit public³⁹, mais plutôt le régime ordinaire de droit civil généralement applicable aux organismes publics chargés d'une mission publique comme les établissements⁴⁰.

Ce régime concerne les relations entre ceux-ci et les bénéficiaires dans les diverses circonstances reliées aux atteintes potentielles au droit de recevoir des services résultant ou pouvant résulter du processus d'allocation des ressources. La situation des parties est alors régie par l'ensemble des dispositions légales et réglementaires de la L.S.S.S.S. et non pas par un cadre contractuel, le contrat supposant un accord de volonté sur la fourniture de services qui, en l'espèce, ne s'est pas encore matérialisé ou n'a pu être conclu⁴¹. Dans le contexte actuel de la responsabilité extracontractuelle, cette analyse demeure inédite mais elle n'est pas dépourvue d'intérêt à la lumière de certaines affaires

-
38. A notre connaissance, précisons qu'aucun auteur de droit administratif ne fait mention de cette expression. Nous sommes conscients qu'elle puisse susciter une certaine confusion.
39. Comme l'indique l'art. 356 du Code civil du Bas Canada, les corporations publiques sont soumises au droit privé à certains égards dans leurs rapports avec des tiers, comprenant la responsabilité. La Cour suprême du Canada l'a du reste récemment confirmé dans *Laurentide Motel c. Ville de Beauport*, (1989) 1 R.C.S. 705. Ce raisonnement est applicable aux établissements qualifiés de corporations au sens du Code civil par l'art. 68 de la L.S.S.S.S., corporations que l'on peut qualifier de publiques.
40. Il n'existe pas au Québec de système distinct de responsabilité comme en France même si certaines règles particulières ont été développées dans le contentieux de la responsabilité publique. Il n'y a pas non plus de reconnaissance d'immunités dans l'exercice des fonctions des administrateurs d'institutions publiques comme aux États-Unis. Ces éléments pourraient influencer la recherche d'avenues de solutions à la lumière du droit comparé compte tenu du sous-développement du droit québécois à cet égard, comme l'ont qualifié G. PEPIN et P. OUELLETTE dans, *Principes de contentieux administratif*, Ed. Y. Blais, 1978, p. 382 et s.
41. S'il faut bien sûr admettre l'existence d'un contrat en vue de la prestation de soins comme le contestent les auteurs LAJOIE, MOLINARI, BAUDOUIN, op. cit., note 4. Dans un jugement portant sur une entente de services d'ingénierie, la Cour d'appel a, par analogie avec les services hospitaliers, discuté d'obligation légale en mentionnant que «la situation d'apparence contractuelle est partiellement d'origine légale», ce qui nous semble plus conforme à la réalité juridique: *G. Berlinguette c. Construction J.R.L.*, (1988) R.J.Q. 2126 (C.A.), p. 2135. Malgré une lecture adéquate du nouveau cadre légal, on reste toutefois surpris des conclusions tirées par la Cour d'appel en matière de responsabilité hospitalière. Pour citer quelques exemples, *Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. c. Perron*, (1979) C.A. 567, p. 574: «La Loi et les contrats conclus entre les hôpitaux et le ministre de la Santé imposent désormais aux hôpitaux ...» (juge Lajoie); *Houde c. Côté* (1987) C.A. 723; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, note 4.

judiciaires récentes. Au surplus, elle se trouve dans le prolongement logique à la fois de l'adoption de la L.S.S.S.S. et de l'évolution de la responsabilité médico-hospitalière, comme du reste, d'autres avant nous l'ont suggéré. Il convient d'explorer les conditions de sa mise en oeuvre.

- les régimes applicables: remarques liminaires

Bien que la responsabilité civile extracontractuelle constitue le droit commun en la matière, divers régimes de responsabilité peuvent s'appliquer dans la mesure où les conditions usuelles sont remplies, à savoir la faute, les dommages et le lien de causalité. En dépit de difficultés d'adaptation au cadre du processus décisionnel des établissements de santé, ces conditions ne connaissent pas d'exception, notamment en ce qui concerne la faute, quel que soit le régime⁴². Il peut s'agir du régime de la responsabilité légale au sens de l'article 1057 du Code civil lorsque l'établissement de la faute découlerait de faits démontrant la violation d'une obligation prévue dans une loi. On pourrait également retenir le régime de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle sur la base des articles 1053 et 1054 dans le cas où les faits mettraient de reconnaître la faute consécutive à un manquement au devoir de ne pas causer de dommages. L'établissement pourrait voir sa responsabilité engagée, soit directement, soit par le fait d'autrui⁴³ par les actes de ses administrateurs, selon les règles de la responsabilité corporative des administrateurs⁴⁴, ou encore, par les actes de ses gestionnaires et de ses employés selon les règles de la responsabilité de l'employeur à l'égard de ses préposés⁴⁵. Sans exclure leur responsabilité

42. Les tentatives de faire reconnaître un régime de responsabilité sans faute impliquant l'Etat québécois sont demeurées infructueuses comme le démontre l'affaire J. Lapierre c. P.G. du Québec et autres, (1979) C.S. 907, (1983) C.A. 631, (1985) 1 R.C.S. 241.

43. Soulignons d'ailleurs qu'obligation est faite à l'établissement de prendre une police d'assurance responsabilité civile: Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements, art. 13. On notera, bien que dans un autre contexte, à l'article 180 de la L.S.S.S.S., l'énoncé très large des parties à une infraction susceptible d'engendrer la responsabilité pénale de l'établissement.

44. Peu d'études ont été consacrées au statut des membres des conseils d'administration des établissements qui sont, rappelons-le, des corporations au sens du Code civil: L.S.S.S.S., art. 68. Selon toute vraisemblance, les membres, à titre d'administrateurs de corporation, sont soumis aux obligations qui sont généralement reconnues à ceux-ci, en tant que mandataires. S'ils manquaient à l'une de ces obligations, par exemple, celle de l'article 1053 du Code civil ou de l'une découlant de la L.S.S.S.S., ils seraient susceptibles d'engager leur responsabilité et celle de l'établissement. Voir sur cette question, P. MARTEL, Les aspects juridiques de la compagnie au Québec, v. 1, Wilson et Lafleur, mis à jour, p. 582-591.

45. Les règles prévues dans le cadre de l'article 1054 du Code civil peuvent s'appliquer tant à la situation des gestionnaires cadres que des employés de services sur lesquels l'établissement exerce un certain contrôle. Cet aspect n'a pas été analysé en détails: voir LAJOIE, MOLINARI, AUBY, op. cit., note 4, p. 1133. On pourra se référer à J.L. BAUDOUIN, La responsabilité civile, 3^e éd., Yvon Blais éd., 1988, pour un exposé de

personnelle, on peut supposer diverses situations où une personne agissant au nom de l'établissement puisse impliquer sa responsabilité, ce qui ne manque pas de soulever plusieurs difficultés. Mais la responsabilité de l'établissement suscite une autre interrogation relative à la mise en cause de la responsabilité du ministère de la Santé et du Gouvernement. On pourrait chercher à rendre ceux-ci responsables directement ou encore leur attribuer le fardeau de la responsabilité reconnue à l'établissement. Cette dernière piste conduit à soulever l'hypothèse de la reconnaissance du lien entre le Gouvernement et l'établissement comme son mandataire⁴⁶. Toutes ces questions ne peuvent être entièrement discutées dans le cadre de cette étude mais elles permettent de mesurer davantage l'ampleur de la question de la responsabilité publique de l'établissement à l'égard de l'organisation et des ressources à sa disposition.

Si, dans ce cadre, la responsabilité publique de l'établissement demeure assimilable à la responsabilité civile, elle présente certaines spécificités dans la recherche des faits constitutifs de faute et dans leur imputabilité. Il s'agit là de deux séries de problèmes connexes: l'identification de la faute et de son auteur, d'une part, et l'attribution du fardeau de la responsabilité et de la compensation financière, d'autre part. Aux fins de cette étude, nous allons ainsi suivre le processus d'allocation des ressources décrit précédemment dans le cadre des pouvoirs d'organisation et de réglementation.

- la responsabilité reliée à l'organisation générale

Dans les décisions administratives relatives à l'organisation, on peut difficilement concevoir comment le contenu du plan d'organisation, en dépit de son impact, peut causer un préjudice à un bénéficiaire

ce régime. Une décision de la Cour d'appel semble supporter la qualification de préposé de l'hôpital du chef du département clinique d'anesthésie dans *Houde c. Côté*, précité note 41, p. 741.

46. Contrairement à la position soutenue par R. BOUCHER et al. dans «La responsabilité hospitalière», (1974) 15 C. de D. 219, cette qualification a été écartée par LAJOIE, MOLINARI, AUBY, op. cit., note 4, p. 1071-1078. Il nous apparaît néanmoins opportun d'ouvrir à nouveau la discussion dans le cadre de notre étude du processus d'attribution des ressources. Mentionnons au préalable que la L.S.S.S. ne comporte pas de disposition à cet effet. Il convient donc de se référer aux critères mis de l'avant par la jurisprudence sur la reconnaissance de la qualité de mandataire du Gouvernement: voir, à ce propos, P. GARANT, *Droit administratif*, 2^e éd., Ed. Y. Blais, 1985, p. 194 et s. On pourra trouver un appui récent à cette thèse, notamment sur les critères de contrôles auxquels sont soumis les établissements, dans les décisions suivantes: *Commission des normes du travail c. C.R.S.S. de la Montérégie*, (1987) R.J.Q. 841 (C.A.) et *C.S.S. de l'Estrie c. Marchand*, J.E. 87-901 (C.S.). Même s'il s'agit d'affaires se situant en dehors des questions de responsabilité, il nous semble utile de les considérer.

particulier. Dans l'hypothèse où celui-ci voudrait mettre en cause la responsabilité de l'établissement de ne pas prévoir l'existence d'un département ou service au plan d'organisation, il paraît plausible de mettre en doute son intérêt éventuel à le contester⁴⁷. Cette position serait plus nuancée si, par une modification au plan d'organisation, l'établissement décidait de la fermeture d'un service privant ainsi les bénéficiaires de soins éventuels et leur causant des dommages suivant les circonstances⁴⁸. Par contre, le plan d'organisation ne peut servir à détourner l'établissement de sa vocation décrite au permis d'activités; il ne peut non plus comprendre des services qui excéderaient sa capacité et son agrément. Dans ces circonstances, le conseil d'administration et le directeur général auraient plutôt à en répondre au ministre en tant qu'autorité de tutelle⁴⁹. Il nous semble que le contrôle de l'élaboration du plan d'organisation revient au Ministre plutôt qu'au contrôle judiciaire dans le cadre de la responsabilité.

Toutefois la situation serait différente, nous semble-t-il, dans l'hypothèse d'un recours d'un bénéficiaire fondé sur la responsabilité de l'établissement de ne pas pourvoir de façon adéquate aux services qu'il est tenu de fournir. Alléguant une organisation insuffisante, le bénéficiaire réclamerait alors des dommages sur la base, non pas de l'inexistence du service, mais de l'inadéquation des ressources au soutien du service qu'il requiert⁵⁰. L'établissement peut-il être trouvé en défaut et devoir compenser les inconvénients et les délais subis par le bénéficiaire, équivalant à un refus de service? Comme on l'a vu, la disponibilité des ressources influence la capacité de l'établissement à fournir les services; dès lors, si l'établissement invoque le caractère non absolu de son obligation de fournir des services, au motif des limites de son organisation, cela lui permettrait sans doute d'échapper sur cette

47. On peut d'ailleurs établir un parallèle avec les solutions développées par la jurisprudence sur la base d'autres recours: voir note 28 dans le cas de services sociaux. En matière d'éducation, la Cour d'appel a refusé de forcer une Commission scolaire à ouvrir une classe demandée par les parents d'élèves: *Boudreault c. Commission scolaire du Gouffre*, J.E. 89-1371.

48. On pourrait, dans un contexte comparable à notre avis, suivre le raisonnement dégagé dans l'affaire *Mount Royal Academy School Committee c. La Commission scolaire Ste-Croix*, (1988) R.J.Q. 2201 (C.S.), en appel.

49. Suivant la L.S.S.S.S., art. 163 à 172, les mesures de tutelle comprennent l'enquête, la nomination d'un contrôleur et l'administration provisoire, le cas échéant.

50. Il convient toutefois de distinguer ce recours en dommages-intérêts du recours basé sur la procédure de plainte que peut présenter un bénéficiaire au CRSSS en vertu de l'art. 18(c) de la L.S.S.S.S. Ce recours a été analysé dans LAJOIE, MOLINARI, op. cit., note 3, par J.P. MENARD, «L'application du droit aux services: la portée juridique et sociale du recours devant le CRSSS», p. 241.

base à sa responsabilité⁵¹. Mais, à notre avis, une telle défense serait insuffisante si les moyens d'exécution du service apparaissaient déficients à la suite d'une mauvaise utilisation des ressources⁵².

Dans d'autres circonstances, il serait possible que l'établissement argumente sa défense sur les restrictions imposées par le Ministère. Celui-ci étant lui-même soumis à l'obligation de rendre accessible à toute personne la gamme complète des services⁵³, pourrait-il voir sa responsabilité engagée? Il devient difficile de proposer qu'à son niveau, le Ministre doive supporter une obligation plus lourde que l'établissement, l'exposant alors à remplir une obligation de résultat plutôt que de moyens aux fins de garantir la disponibilité de tous les services ou encore la disponibilité indéfinie de certains⁵⁴. En l'absence de lien direct, le Ministre ne serait pas tenu responsable de la situation de l'établissement et de ses conséquences sur le bénéficiaire. N'étant pas assujéti à une obligation absolue, le Ministre conserve une marge de manoeuvre nécessaire dans l'exécution de ses fonctions reliées au maintien du réseau des établissements⁵⁵. Cependant, on peut concevoir que l'exercice de la discrétion du Ministre comporte la commission d'une faute si elle implique un abus de pouvoir⁵⁶ dans le cadre d'un acte

-
51. Un juge a d'ailleurs refusé d'émettre une injonction en vue de l'obtention de services adéquats, *C ... c. Hôpital Q. ...*, (1983) C.S. 1064, au motif que l'obligation dans ce contexte en est une de moyen et non de résultat. Le juge Jacques, dans l'affaire Lapointe précitée (note 4) a d'ailleurs émis l'opinion qui: «Prenant pour acquis que l'hôpital avait l'obligation de maintenir une salle d'urgence, rien ne l'obligeait dans le Règlement à structurer cette salle d'une façon plutôt qu'une autre» (p. 16 de ses notes).
 52. On pourrait retenir ici les critères mis de l'avant dans l'arrêt Beauport, cité supra note 39, qui permettent de distinguer l'exercice d'un pouvoir de décision de celui d'un devoir d'exécution, une fois le service organisé.
 53. L.S.S.S.S., art. 3(b). On peut douter toutefois que l'énoncé d'une telle obligation soit susceptible de sanction étant donné ses termes vagues; LAJOIE, MOLINARI, AUBY, op. cit., note 4, p. 852.
 54. D'ailleurs, on retrouve une semblable disposition dans une loi anglaise, la National Health Service Act (1977), qui a donné lieu à un débat judiciaire. A l'occasion d'un recours entrepris par quatre patients en attente de recevoir des soins orthopédiques contre le Secrétaire d'état aux services sociaux, l'on a voulu faire sanctionner le manquement au devoir du Secrétaire (équivalent du ministre) à fournir ces services. Les juges, tant en première instance qu'en appel, ont refusé cette demande au motif que les ressources financières constituaient une limite à ce devoir et que son accomplissement comportait l'exercice d'une certaine discrétion. Il s'agit de l'affaire *R. c. Secretary of State of Social Services ex p. Hincks* (1980, Court of Appeal, Civil Division), apparemment non rapportée, commentée dans J.D. FINCH, *Health Services Law*, Sweet & Maxwell, 1981, p. 37-39.
 55. La Cour d'appel a d'ailleurs reconnu la discrétion du Ministre lors de l'exercice de son pouvoir de répartition des ressources financières dans l'attribution des crédits dont il dispose dans *C.H. Régina ltée c. Johnson*, (1983) C.A. 455.
 56. Sur ces critères, voir P. GARANT, op. cit., note 46, p. 799-830. Comme la Cour d'appel du Québec l'a décidé en accueillant une action en dommages pour congédiement illégal contre le Ministre de la santé entreprise par un ex-directeur général d'établissement à la suite de sa mise sous tutelle, *Corriveau c. P.G. du Québec*,

affectant de façon injuste ou discriminatoire les droits du bénéficiaire. Il conviendrait d'ailleurs de retenir cette hypothèse à l'égard de l'établissement lui-même.

Ainsi, dans les circonstances d'un refus de services, alors que le plan d'organisation le prévoit et que les ressources sont disponibles, il serait permis toutefois d'arriver à une conclusion plus favorable au bénéficiaire⁵⁷. S'agissant alors d'une décision présumément illégale, par exemple une fermeture de lit pour des motifs frivoles, on pourrait s'attendre à la reconnaissance du défaut de l'établissement de respecter son obligation, et conséquemment de sa responsabilité, non pas en raison de l'illégalité commise, mais sur la base des dommages que cette décision a pu entraîner⁵⁸. Même dans le cadre d'une décision à caractère administratif, l'établissement doit se soucier d'agir d'une façon qui ne soit pas injuste. Une exonération complète de responsabilité dans le cadre de la gestion de l'organisation hospitalière n'apparaît pas toutefois admissible.

- la responsabilité dans le cadre de la réglementation locale

Prise dans son sens strict, la réglementation locale englobe l'exercice du pouvoir réglementaire délégué à l'établissement sur les matières énumérées au règlement d'application de la loi. Il apparaît toutefois possible, bien que délicat, étant donné les exigences de fraude ou de mauvaise foi, de reconnaître une faute dans l'adoption d'un règlement⁵⁹; il en va différemment de son application à l'occasion d'une décision qui peut être la source de dommages. Si un bénéficiaire prétend qu'un règlement, comme celui sur la répartition des lits, l'empêche d'avoir accès à un service, étant donné le nombre insuffisant de lits disponibles, on voit difficilement comment établir que le conseil d'administration a manqué à son devoir de prudence et de diligence en adoptant le règlement. On peut toutefois penser que tel ne serait pas le cas des règles restreignant, par exemple, l'accès au département de gynécologie de personnes enceintes résidant en dehors d'un certain territoire⁶⁰. Mais

(1989) R.J.Q. 1 (C.A.) confirmant le jugement de première instance publié à (1986) R.J.Q. 2349 (C.S.).

57. Rappelons que les conclusions du juge dans l'affaire Poirier (note 19) réservaient le recours en dommages-intérêts de la requérante. On pourrait ici encore se servir de l'arrêt Beauport, cité supra note 39.

58. PEPIN et OUELLETTE, op. cit., note 40, pp. 366-368. Il existe toutefois des cas où l'illégalité emporte également la responsabilité de l'administration.

59. Il s'agit d'un acte dit de puissance publique; voir GARANT, op. cit., note 46, p. 916. L'auteur fait néanmoins état d'une certaine confusion dans la jurisprudence.

60. Un tel cas a été relaté dans les journaux à l'automne 1989, La Presse, mercredi 22 novembre 1989, p. A-3, relativement à un règlement adopté au Centre hospitalier de la Cité de la Santé de Laval, qui a fait l'objet d'une contestation judiciaire par des

si, dans l'application du règlement, un employé du service d'admission ne prend pas les précautions nécessaires pour acheminer la demande, ou en fait une interprétation erronée, la situation du bénéficiaire s'analyse plus favorablement sur le plan de la responsabilité qui pourrait être reconnue à l'établissement par la faute de son préposé⁶¹. Il s'agit alors d'un processus d'application d'un règlement qui, entraînant des dommages au bénéficiaire, serait susceptible d'être sanctionné. On doit toutefois concéder que la survenance de semblable circonstance, ou à tout le moins, la preuve qui peut en être faite, paraît très aléatoire.

Par ailleurs, d'autres normes internes, telles que les règles de soins et d'utilisation des ressources dans les départements cliniques étant donné l'impact potentiel sur l'accessibilité et la dispensation des services de santé, peuvent affecter la mise en oeuvre du droit d'un bénéficiaire de recevoir un service. Ici encore, nous semble-t-il, il convient de distinguer entre l'élaboration et l'application de ces règles⁶². D'une part, le pouvoir de les élaborer, s'il est exercé de bonne foi, n'emporterait pas la responsabilité du chef de département non plus que celle du conseil d'administration. D'autre part, l'application fautive des règles de soins et d'utilisation des ressources de façon discriminatoire ou négligente, équivalente à un refus de service, risquerait d'entraîner la responsabilité de l'établissement par le fait de son agent⁶³, ou par son défaut d'assurer le bon fonctionnement de ses services⁶⁴. Ici encore la difficulté d'apporter en preuve les éléments relatifs à la faute alléguée risque d'atténuer les chances de réussite d'un recours en responsabilité. Notons que l'absence à ce jour de litiges engagés sur ces prétentions ne rend pas la discussion sans objet⁶⁵. Seule une meilleure connaissance des mécanismes internes de l'établissement, en supposant que l'information

médecins, les docteurs Jasmin et Tardif. Le jugement rendu par le juge Vaillancourt de la Cour supérieure, dans *Jasmin c. Cité de la Santé de Laval*, J.E. 90-181, a annulé le règlement pour des motifs d'invalidité et de discrimination. Selon nous, il y avait ici matière à croire recevable un recours en responsabilité de la part d'une patiente lésée.

61. Dans une affaire impliquant le ministère de la Santé chargé d'appliquer l'ancienne loi des maladies vénériennes, dans laquelle un de ses employés avait imprudemment contrevenu à l'obligation au secret, la responsabilité du ministre avait été retenue, *R. c. Zornes*, (1947) B.R. 457.
62. Voir GARANT, op. cit., note 46, p. 925; PEPIN et OUELLETTE, op. cit., note 40, p. 378.
63. Sur la base d'un lien de préposition ou de la théorie du mandat, voir supra, notes 44 et 45.
64. Empruntée à la terminologie de la responsabilité en droit français, la faute de service paraît équivaloir à ce que l'on désigne comme faute anonyme dans notre système: voir PEPIN et OUELLETTE, op. cit., note 40, p. 368.
65. Voir l'étude intéressante de C. GOSSELIN, «L'exercice du droit aux services: l'utilisation des recours administratifs et judiciaires», publiée dans LAJOIE, MOLINARI, op. cit., note 3, p. 216.

soit accessible et non secrète, permettrait de débattre de la responsabilité de son administration.

Comme il existe également un grand nombre de normes qui portent les noms aussi divers que manuel de gestion, politiques, procédures, protocoles, et qui occupent une place importante dans l'allocation des ressources et dans la dispensation des services, il y a lieu de s'en préoccuper également dans le cadre de la responsabilité. En effet, il se pourrait que sur la base de ces textes, l'établissement décide d'une fermeture de lits, de la priorisation de certains cas ou de l'accomplissement de formalités, etc., qui pourrait être considérée comme une décision génératrice de faute. Dans ces circonstances, la responsabilité de l'établissement pourrait être engagée en autant que soit prouvé l'un des éléments caractérisant l'abus de pouvoir⁶⁶. S'il tentait de se justifier en invoquant le respect d'instructions émanant du ministère de la Santé, pourrait-on alors concevoir l'engagement de la responsabilité ministérielle pour autant que soient établis à la fois le lien de droit et l'exercice fautif de pouvoir de directives du Ministre? Il n'est pas possible d'exclure cette éventualité même si elle apparaît lointaine; suivant les circonstances, la responsabilité du ministère à l'endroit d'un bénéficiaire pourrait être admise si le processus d'allocation des ressources pris en conformité d'une directive du Ministère lui causait préjudice en lui niant son droit de recevoir des services de manière injuste ou discriminatoire⁶⁷. Mais l'on doit admettre que la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire à des fins de gestion, tant au Ministre qu'à l'établissement, risque d'amoindrir les chances de succès d'une poursuite entreprise par le bénéficiaire sur cette base.

Existerait-il d'autres cas où, indépendamment de la prestation de soins, l'établissement pourrait porter préjudice au droit d'un bénéficiaire? Certes, la catégorie des fautes commises dans l'organisation des services demeure large et appelle des hypothèses variées encore inexplorées. Comme on l'a vu, la qualification des actes et des décisions apporte dans certaines situations un tempérament à la reconnaissance de la faute. En ce sens, le contentieux de la responsabilité publique se particularise de celui de la responsabilité civile médico-hospitalière. Il se situe également encore en marge du contentieux de la validité des actes des établissements ou de la sanction de leurs obligations par voie d'injonction qui demeure actuellement le plus susceptible de développement.

66. Supra, note 56.

67. Par analogie, Conseil scolaire de l'Île de Montréal c. Commission scolaire Chaudière-Étchemin, (1987) R.J.Q. (C.A.). J.M. ROBERT, «L'application des directives dans l'administration des législations sociales», (1985) 45 R. du B. 596.

Tout cas de refus de service, en raison de l'organisation et des ressources, pose sans doute sur le plan moral une interrogation fondamentale. Il ne nous appartient pas d'indiquer comme elle doit être résolue globalement sinon que d'admettre les limites humaines, financières et matérielles du système de santé. Cependant, à l'échelle individuelle, cette question doit continuer de nous préoccuper. Certes, la sanction sur le plan de la responsabilité n'apparaît peut-être pas une solution adéquate. Mais en faire abstraction risquerait encore plus de dépersonnaliser et de déresponsabiliser les autorités qu'elles soient centrales ou locales. Dans cette perspective, on peut s'interroger sur les difficultés qui ne manqueront pas de surgir, nous semble-t-il, des propositions de réforme contenues dans l'avant-projet de loi quant à l'intégration des conseils d'administration ou à la complémentarité entre les établissements sous coordination régionale⁶⁸. Comment alors reconnaître les responsables des décisions qui viendront affecter les droits des bénéficiaires? Les implications sur le plan légal de la responsabilité, compte tenu de l'état actuel du droit en matière de responsabilité publique, nous incitent à un certain pessimisme. Il est à espérer que ce problème sera considéré.

CONCLUSION

Au terme de cette étude de l'impact du processus d'attribution des ressources dans un centre hospitalier sur le droit aux services des bénéficiaires et sur la responsabilité publique de l'établissement, il convient de formuler les commentaires suivants. En premier lieu, force est de constater que les éléments influençant l'organisation et les ressources de l'établissement, à savoir principalement, le permis, le plan d'organisation, et surtout les conditions de gestion sont à ce point prédéterminés par des facteurs externes, soit le cadre légal et réglementaire, soit les contrôles du ministère de la Santé, qu'ils échappent dans une large mesure au pouvoir de l'établissement. Il lui reste donc une marge de manoeuvre restreinte dans l'élaboration des critères de disponibilité des services dont chaque établissement se dote par la voie de sa réglementation interne, entendue ici au sens large, englobant tant les règlements du conseil d'administration que les règles de soins et d'utilisation des ressources des départements en plus de normes variées, conformément aux dispositions de la loi et aux directives du Ministre, le cas échéant. Il s'agit là de la trame juridique à partir de laquelle peut être canalisé le processus d'attribution des ressources au niveau local équivalant au cheminement décisionnel

68. Voir note 37, arts 43 et 244 entre autres.

visant la dispensation des services aux bénéficiaires qui viendront les requérir.

En deuxième lieu, il convient de situer cette démarche dans la mise en oeuvre du droit aux services de santé consacré à l'article 4 de la L.S.S.S.S. reconnu à tout bénéficiaire auquel correspond l'obligation de l'établissement de fournir des services, rapport qui doit être compris à la lumière de la réserve apportée dans la loi par l'expression «compte tenu de l'organisation et des ressources» de l'établissement. C'est à ce moment que le processus d'attribution des ressources vient permettre de saisir la signification concrète du droit aux services dans sa valeur symbolique et dans son application pratique sous forme de revendication de la part du bénéficiaire. Ce dernier ne peut jouir de son droit aux services qu'en se conformant aux conditions d'exercice imposées dans le processus d'attribution des ressources avec les limites mais également les garanties qu'il comporte en contrepartie.

En troisième lieu, dans la mesure où le droit aux services permet encore de fonder la réclamation de services considérés comme exigibles parce qu'ils demeurent disponibles, on peut admettre l'existence d'une obligation légale résiduelle à la charge de l'établissement qui emporte des incidences sur le plan de la responsabilité dans le cadre des décisions déterminant la disponibilité des services. S'agissant alors d'une responsabilité dite publique, pour la distinguer de la responsabilité médico-hospitalière reliée à la prestation des soins, elle se qualifie de façon particulière par rapport aux règles du régime de droit commun relatives à la faute, aux dommages et au lien de causalité. La relation entre l'effet d'une décision de nature administrative d'un établissement sur le droit aux services d'un bénéficiaire et la mise en oeuvre de la responsabilité doit alors tenir compte des éléments de cette décision qui sont déterminés par les conditions de gestion dans l'application de la L.S.S.S.S. et suivant la discrétion que cette gestion suppose. Dans ce contexte, la protection des droits du bénéficiaire apparaît vulnérable.

On peut déplorer le bilan de la situation juridique actuelle qui révèle, en plus de son caractère parfois flou, une certaine ambivalence entre le discours de la promotion des droits dépourvus de garanties constitutionnelles, comme l'est le droit de recevoir des services de santé, et l'application qui en a été et qui peut en être faite. Cependant c'est avec un certain cynisme que l'on peut appréhender la réforme de la L.S.S.S.S. proposée. L'écart qui sépare la lecture du juriste et le vécu des établissements risque de s'étendre.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : **CONTRAT HOSPITALIER MODERNE ET RESSOURCES LIMITÉES :
CONSÉQUENCES SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE**

Auteur(s) : François TOTH

Revue : *RDUS*, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : **313-354**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13558>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13558>

Page vide laissée intentionnellement.

**CONTRAT HOSPITALIER MODERNE
ET RESSOURCES LIMITEES:
CONSEQUENCES SUR
LA RESPONSABILITE CIVILE**

par François TOTH*

*. Avocat, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur remercie pour leurs judicieux conseils les professeurs Robert P. Kouri, Suzanne Nootens et Luc B. Tremblay. L'auteur tient à exprimer sa profonde gratitude à Me Judith Rochette, avocate et étudiante à la Maîtrise en Droit de la Santé à l'Université de Sherbrooke pour sa précieuse assistance dans l'élaboration de ce texte.

SOMMAIRE

Introduction	315
Partie I	317
La responsabilité hospitalière	317
1. L'approche traditionnelle	317
a. Le fondement de la responsabilité civile hospitalière.	318
b. Le contenu obligationnel du contrat hospitalier.	321
c. Applications.	322
2. De jurisprudentia ferenda	327
a. L'élargissement du contrat hospitalier.	327
b. Pour une vision moderne du lien de préposition	332
Partie II	342
L'impact de la limitation des ressources sur la responsabilité civile ...	342
1. L'attitude des tribunaux	342
2. Qualité des soins et ressources limitées: regard vers l'avenir.	352
Conclusion	354

Introduction

La responsabilité médico-hospitalière a connu un tel développement au cours des dernières décennies qu'il faut à présent parler de phénomène social¹. Les médias y trouvent là nouvelles croustillantes: en 1989, par exemple, dans le seul quotidien *La Presse*, on recense plus d'une vingtaine d'articles faisant état de poursuites, de règlements, de condamnations relatifs à la responsabilité civile médico-hospitalière. Ainsi, on «informe» le public que 17 poursuites ont été intentées contre des médecins et centres hospitaliers pour des montants variant de 53,500\$ à 4,3 millions de dollars. De toute évidence, ces articles sont composés à partir des seules allégations non encore prouvées des victimes. Pourtant, les noms des médecins et centres hospitaliers y apparaissent en toutes lettres. Publiera-t-on avec le même empressement les jugements exonérant les défendeurs de toute responsabilité? On peut en douter. On annonce aussi les règlements millionnaires obtenus (2) et les condamnations prononcées (6). Deux articles seulement mentionnent le rejet d'actions intentées par des patients.

Il est exact que le nombre de poursuites en responsabilité civile contre des médecins a considérablement augmenté. En 10 ans (1978-1988), elles ont triplé pour l'ensemble du Canada². Ce qu'on ne dit pas c'est que 75% d'entre elles sont abandonnées ou rejetées sans versement d'aucune compensation.

Les implications pécuniaires et sociales de la prestation défectueuse de soins sont énormes³. Qu'on songe qu'en 1988, la

-
1. Le Professeur Crépeau le soulignait déjà en 1970. P.-A. Crépeau, «Les transformations de l'établissement hospitalier et les conséquences sur le droit de la responsabilité», in *Livre du Centenaire du Code civil*, (1970), tome II, pp. 193 et seq.
 2. Selon les rapports annuels de l'Association Canadienne de Protection Médicale (ACPM) qui représente plus de 90% des médecins canadiens (32,175 médecins membres en 1978 contre 51,316 en 1988). Il y a eu 873 poursuites intentées contre des médecins membres de l'ACPM en 1988 contre 906 en 1985, 895 en 1986 et 915 en 1987. Le ratio poursuite/médecins membres est passé de 1/54 en 1986 à 1/59 en 1988. Malgré tout, le nombre de poursuites en responsabilité médicale est en baisse ou du moins tend à plafonner. Par contre, l'augmentation des indemnités versées et des frais de défense ont fait passer les coûts afférents aux poursuites de 29 millions en 1986 à 42 millions de dollars en 1988.
 3. G. Boily, «La responsabilité civile du médecin: l'aube d'une crise», (1986) 54 *Assurances*, 377; D. Baril, «L'erreur professionnelle: un risque coûteux», *L'économiste médical*, sept./oct. 1988, p. 47; P.-G. Jobin, «Est-ce l'heure d'une réforme», (1987) 28 *C. de D.* 111; G.R. Douville, «Médecins, hôpitaux et poursuites judiciaires», (1984) 52 *Assurances* 189; L. Bergeron, «La responsabilité professionnelle au cours des cinquante dernières années», (1982) 50 *Assurances* 96;

CMPA a versé plus de \$25,000,000.00 en indemnités. Qu'on songe aussi à toutes ces victimes de fautes médicales qui demeureront sans indemnité, étant incapables de supporter les coûts d'une contestation parfois décennale ou de prouver la faute du prestataire de soins. Qu'on songe aux conséquences sur le climat de travail dans les organismes de santé ou encore, aux relations patients/professionnels de la santé⁴.

Le droit, à qui l'on reproche souvent d'être à la remorque des événements et des changements sociaux, n'est pas resté muet face à cette nouvelle réalité. Doctrine et jurisprudence se sont penchées sur les responsabilités des médecins et des centres hospitaliers et ont analysé puis précisé les droits et obligations des créanciers et des débiteurs de soins⁵. On a pu assister à l'émergence d'un véritable droit de la responsabilité civile médicale. Plus généralement, il s'est développé un droit de la santé⁶.

C'est ainsi qu'on a pu être témoin de la transformation de la responsabilité civile du médecin⁷ passant d'une quasi-immunité⁸ à une responsabilité pour faute grossière seulement⁹ pour finalement être traitée comme une responsabilité civile «ordinaire»¹⁰. Le régime contractuel s'est également imposé¹¹ comme cadre d'analyse de la responsabilité civile du médecin. Doctrine et jurisprudence ont été amenées à préciser ce qu'il est convenu d'appeler le «contenu obligationnel»¹² du contrat médical et ont retenu tant à l'encontre du médecin¹³ que des patients¹⁴ des obligations que le devoir général de ne pas nuire à autrui (art. 1053 C.c.) n'aurait peut-être pas permis de découvrir et raffiner.

R. Letarte, «Les tribunaux et la nouvelle dimension de la responsabilité pour blessures corporelles», (1986) 54 Assurances 54.

4. J. Brière, «Les conséquences de l'augmentation des recours et des indemnités pour les médecins et la société», (1987) 18 R.G.D. 113; Time 31-07-89: «Sick and Tired»; La Presse 31-08-89: «La hantise des professions libérales: les poursuites.»
5. P.-A. Crépeau, op. cit. note 1.
6. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Centre de recherche en droit public, Les presses de l'Université de Montréal, Montréal, 1981, 1261 p.
7. P.-A. Crépeau, «La responsabilité médicale et hospitalière dans la jurisprudence québécoise récente», (1960) 20 R. du B. 433.
8. Caron v. Gagnon, (1930) 68 C.S. 155.
9. Fafard v. Gervais, (1948) C.S. 128.
10. X v. Mellen, (1957) B.R. 389.
11. Griffith v. Harwood, (1899) 9 B.R. 299; Bordier v. S. (1934) 72 C.S. 316; X. v. Mellen, loc. cit., note 10.
12. P.-A. Crépeau, «Le contenu obligationnel d'un contrat», (1965) 43 Can. Bar. Rev. 1.
13. A. Bernardot, R.P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Les éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1980, 450 p.
14. R.P. Kouri, «The Patient's Duty to Co-operate», (1972) 3 R.D.U.S. 43.

Mais on ne pouvait en rester là car c'était ignorer l'exercice quotidien de la médecine. Il fallait aller plus loin et questionner les relations juridiques de l'exercice de la médecine dans le contexte hospitalier. L'évolution de la qualification contractuelle de la relation médecin/patient devait nécessairement entraîner la remise en question de la relation patient/centre hospitalier et l'émergence d'une nouvelle situation juridique: le contrat hospitalier. Ceci fera l'objet de notre première partie. Ensuite, dans une deuxième partie, nous tenterons de mesurer l'impact des ressources limitées en milieu hospitalier sur la responsabilité civile.

Partie I

La responsabilité hospitalière

1. L'approche traditionnelle

Se poser la question de la responsabilité civile du centre hospitalier et des médecins qui y oeuvrent et ce, dans un contexte de restriction des ressources matérielles et humaines, c'est d'abord se poser la question plus large du fondement de la responsabilité civile de ces intervenants. En effet, qui répond civilement d'une faute dans la prestation de soins à l'intérieur d'un centre hospitalier?

a. Le fondement de la responsabilité civile hospitalière.

Il n'est pas sans intérêt d'identifier le fondement de la responsabilité civile du centre hospitalier¹⁵:

- S'agit-il d'une responsabilité fondée sur un contrat intervenu entre le centre hospitalier et le patient?
- Ne peut-il s'agir que d'une responsabilité civile quasi délictuelle?

La distinction a une importance à un double niveau:

- Au niveau conceptuel, il convient d'identifier le régime de responsabilité, le législateur ayant édicté des règles distinctes pour chacun d'eux et ce, nonobstant l'unité des concepts fondamentaux de la responsabilité: la nécessité d'une faute - l'existence d'un dommage - un lien de causalité entre les deux.
- Au niveau pratique: l'existence d'un contrat pourra éventuellement permettre à une victime d'opter¹⁶ pour l'un ou l'autre régime de responsabilité et ainsi voir sa situation grandement facilitée.

Pour le sujet qui nous intéresse, la qualification des rapports juridiques patient/centre hospitalier revêt une importance particulière notamment en ce qui concerne la responsabilité du fait d'autrui¹⁷ et la solidarité parfaite¹⁸.

15. P.-A. Crépeau, loc. cit. note 7, p. 438.

16. Wabasso Ltd v. National Drying Machinery Co., (1981) 1 R.C.S. 578. Voir l'affaire Forget v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, (1987) R.J.Q. 1273 (C.S.) pour un exemple où l'option en faveur du régime quasi délictuel de responsabilité présentait un avantage indéniable soit l'interruption de la prescription contre les codébiteurs solidaires (art. 2231 C.c.).

17. Et du fait de la chose. P.-A. Crépeau, loc. cit., note 7, p. 447.

18. On pourrait aussi ajouter: le lieu d'introduction de l'action (art. 68 C.p.c.) et la détermination de la loi applicable en cas de conflit de droit international privé (arts 6,8 C.c.). Quant aux autres distinctions possibles, elles ne sont généralement de peu d'intérêt en matière de responsabilité civile médicale: évaluation des dommages (arts 1074, 1075 C.c.) (voir cependant Gravel v. Hôtel-Dieu d'Amos, (1984) C.S. 792 où le juge Letarte étudie le caractère prévisible des dommages (art. 1074 C.c.) pour la demanderesse cocontractante et le caractère direct des dommages (art. 1075 C.c.) pour le demandeur, tiers au contrat hospitalier); nécessité d'une mise en demeure ou non (art. 1070 C.c.); intérêts et indemnité additionnelle (arts 1056c et 1078.1 C.c.); prescription (art. 2260a C.c., 3 ans peu importe le régime de responsabilité choisi ou la qualité du demandeur: victime par ricochet ou victime

Qui plus est, des relations juridiques multiples peuvent coexister voire se chevaucher et plusieurs intervenants peuvent se retrouver impliqués dans les relations entre un patient et un centre hospitalier: médecin traitant, médecins de garde, personnel infirmier, préposés aux bénéficiaires, techniciens, etc.

Sous l'indéniable influence de la doctrine¹⁹, la jurisprudence qui ne jurait jusqu'alors que par le régime légal de responsabilité, a découvert ou redécouvert le contrat²⁰ et la richesse de son «contenu obligationnel». La responsabilité civile médico-hospitalière a subi la même évolution, délaissant la sphère délictuelle et adoptant le régime contractuel de responsabilité avec la découverte du contrat médical²¹.

Plus récemment, il s'est élevé, en doctrine, une controverse sur le fondement légal ou contractuel de la responsabilité civile du centre hospitalier²². Pour les tenants d'une première thèse²³, «le droit aux services de santé prend sa source dans la loi, indépendamment de la volonté d'un prestataire et sans l'intervention d'un contrat préalable»²⁴. Quand le prestataire de services ne peut refuser de fournir un service prévu par la loi, il ne peut être question de contrat car il n'a pas la

immédiate: Lapointe v. Hôpital Le Gardeur, (1989) R.J.Q. 2619 (C.A.) mais sous réserve de l'art. 1056 C.c.: Lapointe-Routhier v. Hôpital Général de la Région de l'Amiante Inc., (1981) R.L. 385 (C.A.); clause d'exonération de responsabilité: Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q. c. S-5 art. 127 (ci-après L.S.S.S.) et Code de déontologie des médecins, c. M-9, r. 3.3, art. 2.03.48; Voir P.-A. Crépeau, «L'incidence des régimes de responsabilité sur l'indemnisation du préjudice en matière médico-hospitalière», (1983) 51 Assurances 299. Le recours en exécution forcée (arts 1065 C.c. et 751 C.p.c.) demeurerait disponible peu importe le régime choisi: A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-L. Baudouin, «Le droit aux services de santé: Légal ou contractuel?», (1983) 43 R. du B. 675, 726. Les articles 12 et 49 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12 et l'art. 5 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux peuvent également fonder des recours en exécution forcée dans les cas de discrimination illégale dans la prestation de services de santé.

19. P.-A. Crépeau, loc. cit. note 7; A. Bernardot, R.P. Kouri, op. cit. note 13; L. Perret, «Analyse critique de la jurisprudence récente en matière de responsabilité médicale et hospitalière», (1972) 3 R.G.D. 58.
20. C. Stein, «Le contrat cet inconnu», (1972) 32 R. du B. 369.
21. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-L. Baudouin, loc. cit. note 18, p. 723.
22. Jean-Louis Baudouin, La responsabilité civile délictuelle, Les Editions Yvon Blais inc., Cowansville, 1985, 780 p., pp. 255-256.
23. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-L. Baudouin, loc. cit. note 18.
24. Id., p. 677. Et ce, pour une importante partie des services de santé: «l'ensemble des services hospitaliers médicalement nécessaires et prescrits et les services médicaux de laboratoire et de clinique externe, exigibles du moins des établissements, de même que les services d'urgence et ceux qui sont fournis par les médecins de garde, exigibles au surplus des médecins affectés à ces fonctions.» Id., p. 720. Il demeurerait malgré tout une zone contractuelle résiduaire (p. 679).

liberté de consentir ou non, élément fondamental du contrat²⁵. Cette publicisation du droit aux services de santé aurait comme conséquence immédiate l'application du seul régime de responsabilité civile quasi délictuelle (arts 1053 à 1056 C.c.).

Une deuxième thèse défend le régime contractuel de responsabilité²⁶. Un véritable contrat se crée entre le patient et le centre hospitalier pour la prestation de soins de santé. Bien que le centre hospitalier ne puisse généralement refuser de contracter, le libre choix du patient, reconnu dans la loi²⁷, consacre le consensualisme comme fondement de la prestation de soins²⁸.

C'est cette dernière position que la Cour d'appel a récemment retenu dans son plus récent arrêt sur la question²⁹. Le Juge Lebel souligne la difficulté de traiter de cette question vu l'évolution continuelle de la législation et de la réglementation depuis 25 ans³⁰. Par voie de déclaration plutôt que par démonstration, la Cour d'appel rappelle³¹ son attachement à l'approche civiliste classique, savoir le contrat hospitalier, puisqu'il «correspond davantage à la réalité de la conclusion et de la mise en oeuvre de la relation avec l'hôpital»³².

b. Le contenu obligationnel du contrat hospitalier.

Afin de pouvoir apprécier la responsabilité contractuelle du centre hospitalier, les juristes se sont penchés sur le contenu du contrat hospitalier. Il faut définir ce à quoi le débiteur de soins est obligé afin de déterminer s'il y a eu contravention de sa part aux obligations assumées.

Le contenu obligationnel du contrat hospitalier, s'il a pu, à une certaine époque, être restreint aux services de logement et de pension³³, a grandement évolué au gré des législations québécoises favorisant

25. Id., p. 715.

26. P.-A. Crépeau, «La responsabilité civile de l'établissement hospitalier en droit civil canadien», (1981) 26 McGill L.J. 672, 699.

27. Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q. c. S-5, art. 6.

28. S. Nootens, «La remise en cause du contrat hospitalier», (1984) 44 R. du B. 625. Cet auteur précise que, selon la théorie du contrat forcé, un seul des partenaires se voit privé de la liberté de contracter.

29. Lapointe v. Hôpital Le Gardeur et Chevette, loc. cit. note 18. Rappelons que les faits remontent à 1975.

30. Id., p. 2639.

31. Voir notamment Houde v. Côté, (1987) R.J.Q. 723 (C.A.).

32. Loc. cit., note 18, p. 2640.

33. P.-A. Crépeau, op. cit. note 1, p. 199. Voir l'analyse historique faite par M. le Juge Lebel dans Lapointe et al. v. Hôpital Le Gardeur et Chevette, loc. cit. note 18.

l'accès universel aux soins médicaux³⁴. Les fonctions hospitalières se sont élargies, couvrant de nombreux soins dits «médicaux»: que l'on songe aux soins d'urgence, aux services de diagnostic ou d'anesthésie³⁵. Le centre hospitalier est considéré aujourd'hui comme une véritable entreprise de soins couvrant virtuellement tous les aspects du rétablissement de la santé³⁶:

«Dans le cadre mis en place par la législation sur l'assurance-hospitalisation, la Loi sur l'assurance-maladie, et la Loi sur l'organisation des services sociaux, l'institution est devenue le véritable organisateur de certaines catégories de soins, au moins à l'égard de services particuliers comme l'urgence ou la clinique externe. Elle n'est pas chargée seulement de construire et d'entretenir le cadre physique de la pratique médicale. Elle voit à la mise sur pied de tous les services nécessaires pour que la prestation médicale puisse être organisée»³⁷.
(Nos italiques)

Il nous apparaît donc inévitable que, pour certains soins médicaux du moins, la responsabilité du centre hospitalier puisse découler d'une faute dans l'organisation des soins (infirmiers, médicaux, hospitaliers), faute qui peut tout autant se situer dans le cadre contractuel qu'extracontractuel.

34. Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q. c. A-28; Loi sur l'assurance-maladie, L.R.Q. c. A-29.

35. Et on peut ajouter radiothérapie, physiothérapie, chirurgie mineure, soins psychiatriques, ergothérapie, audiologie, orthophonie, etc. Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-hospitalisation, R.R.Q. 1981, c. A-28, r.1, art. 3.

36. P.-A. Crépeau, loc. cit. note 26, p. 677. Voir les pages 678 à 683 où l'auteur trace le portrait de la consécration jurisprudentielle. Voir aussi Gravel v. Hôtel-Dieu d'Amos, loc. cit. note 18; Houde v. Côté, loc. cit. note 31; Lapointe v. Hôpital Le Gardeur et Chevrette, loc. cit. note 18.

37. Lapointe v. Hôpital Le Gardeur et Chevrette, loc. cit. note 18, p. 2641. Pour la clinique externe: Bernard v. Cloutier, (1982) C.A. 289. Commentaire P.-A. Crépeau, loc. cit. note 18, p. 303.

Nous voilà au moins face à deux certitudes:

- Le centre hospitalier est un débiteur de soins tant hospitaliers qu'infirmiers et de certains soins médicaux.
- Sa responsabilité peut s'analyser du point de vue contractuel lorsqu'un tel contrat peut se former tout en n'excluant pas le régime de droit commun.

c. Applications.

Examinons quelques situations courantes dans nos hôpitaux et voyons comment les diverses théories juridiques déjà exposées les traitent.

- i. Le patient est amené inconscient à la salle d'urgence d'un centre hospitalier et sa vie est en danger.

Dans ce cas, il ne saurait être question de quelque expression de volonté que ce soit de la part du patient si bien qu'on ne peut vraiment avoir affaire qu'au régime légal de responsabilité (art. 1053 C.c.)³⁸. Les obligations du centre hospitalier sont ici imposées par la loi. L'on songe à l'article 4 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux, à l'article 43 de la Loi sur la protection de la santé publique³⁹ ou à l'article 2 de la Charte des droits et libertés de la personne. Tous ces textes consacrent l'obligation d'agir et du centre hospitalier et de son personnel lorsque la vie du patient est en péril⁴⁰.

Il ne saurait être question de retard. L'urgence du cas supplée au défaut de consentement du patient et autorise l'atteinte à l'intégrité corporelle.

Le centre hospitalier a l'obligation d'agir ce qui, dans les circonstances, signifie mettre en place les services d'urgence, équipements et ressources humaines nécessaires (personnel infirmier et médical). Le centre hospitalier répond de sa propre faute (art. 1053 C.c.) et de celle de ses préposés (art. 1054(7) C.c.). Si cette responsabilité civile du fait d'autrui est habituellement avantageuse pour la victime⁴¹, cette dernière se heurte à un obstacle lorsque la faute est commise par un médecin: selon l'opinion doctrinale⁴² et jurisprudentielle⁴³ dominante, un médecin ne peut être considéré comme le préposé d'un centre hospitalier car ce dernier n'exercerait pas ce «pouvoir de contrôle et de surveillance» propre à la caractérisation du lien de subordination, élément essentiel à la relation commettant-

38. Nous excluons les cas où un contrat hospitalier aurait pu se former par voie de stipulation pour autrui.

39. L.R.Q. c. P-35.

40. On peut déplorer le sens restreint des mots «vie du patient en péril». Aussi saluons-nous avec enthousiasme l'art. 7 de l'Avant projet de loi portant sur la Loi sur les services de santé et les services sociaux (1989) qui étend l'obligation d'agir lorsque l'intégrité de la personne est en danger.

41. Vu la présomption juris et de jure de responsabilité de l'article 1054(7) C.c.

42. P.-A. Crépeau, loc. cit. note 7; A. Bernardot, R.P. Kouri, op. cit. note 13; L. Perret, loc. cit. note 19.

43. Petit v. Hôpital Ste-Jeanne d'Arc, (1940) 78 C.S. 564; Mellen v. Nelligan, (1956) R.L. 129; Laurent v. Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théorêt, (1978) 1 R.C.S. 605; Houde v. Côté, (1987) R.J.Q. 723 (C.A.) opinion du juge Monet; Ouellette v. Shatz et al., (1987) R.R.A. 652 (C.S.); Stancey v. Plante, (1979) C.S. 670; Girouard v. Hôpital Royal Victoria, J.E. 87-1090 (C.S.); Dussault v. Hôpital Maisonneuve Inc., (1976) C.S. 791; Drapeau-Gourd v. Power, J.E. 82-424 (C.S.).

préposé⁴⁴. En conséquence, le centre hospitalier ne répondra pas de la faute de ses (plus exactement «ces») médecins. Ce n'est pas négligeable quand on songe que c'est le centre hospitalier qui établit le cadre matériel de la pratique médicale.

Alors voilà qu'une faute est commise et qu'un dommage est causé par cette faute. Quelle est la position du patient? Il ne pourra réussir qu'en identifiant précisément l'auteur de la faute. Est-ce un médecin (mais lequel)? Le centre hospitalier n'en répondra pas. Est-ce une infirmière? L'hôpital en répondra encore qu'il soit tout à fait possible qu'un médecin soit, pour un geste précis, le «commettant momentané» de l'infirmière, exonérant alors totalement le centre hospitalier⁴⁵.

- ii. Le malade se rend lui-même à l'urgence d'un centre hospitalier ou à la clinique externe⁴⁶.

Ici, situation semblable à la précédente mais un élément s'ajoute, la volonté du malade. Et cette volonté du malade aura des conséquences importantes: l'élargissement de la responsabilité du centre hospitalier!

C'est que, dit la jurisprudence la plus récente⁴⁷, quand un patient se présente à la salle d'urgence, il se forme un véritable contrat de soins entre le patient et le centre hospitalier. A ce moment-là, ce dernier s'engage à fournir tous les soins requis par l'état de santé du patient qu'il s'agisse de soins hospitaliers ou médicaux. Pour pouvoir exécuter ces obligations contractuelles, le centre hospitalier doit nécessairement introduire des tiers (infirmiers, techniciens, médecins, etc.) dans l'exécution de son contrat. Une faute sera-t-elle commise par l'un quelconque des intervenants que la responsabilité de l'hôpital doit être retenue en vertu des principes de la responsabilité contractuelle: qui agit per alium agit per se⁴⁸. Ici, plus question de lien de préposition. Ce n'est pas une condition de la responsabilité contractuelle. Mais voilà que le centre hospitalier répond cette fois des médecins qui pratiquent en son service d'urgence.

44. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-L. Baudouin, loc. cit., note 18, p. 723.

45. Jean-Louis Baudouin, op.cit. note 22, p.267. On songe particulièrement aux actes médicaux délégués qui ne peuvent être posés que sous surveillance immédiate du médecin. Règlement sur les actes visés à l'article 31 de la Loi médicale qui peuvent être posés par des classes de personnes autres que des médecins, R.R.Q. c. M-9, r. 1.1.

46. L. Perret, loc. cit. note 19.

47. Lapointe v. Hôpital Le Gardeur et Chevrette, loc. cit., note 18.

48. P.-A. Crépeau, loc. cit. note 7, p. 443; Cinépix Inc. v. J.K. Walkden Ltd et Paquette, (1980) C.A. 283.

Bien sûr, le patient dispose en plus d'un recours personnel fondé sur l'article 1053 du Code civil contre le responsable fautif (médecin, infirmier, technicien, etc.) s'il peut l'identifier. Cette responsabilité ne peut être que quasi délictuelle, le patient n'ayant pas choisi son médecin, ne le connaissant souvent même pas. La responsabilité du centre hospitalier (contractuelle) et celle de ce tiers fautif (délictuelle) pourraient alors donner lieu à une condamnation *in solidum*⁴⁹.

Par contre, si le patient ne peut pas identifier ce tiers fautif, le centre hospitalier sera toujours responsable envers le patient s'il est évident que le dommage a été causé par l'un des intervenants même anonyme qu'il a introduit dans l'exécution du contrat hospitalier⁵⁰.

N'est-ce pas étrange? La position du patient à l'urgence est plus ou moins bonne selon qu'il se présente conscient ou inconscient. Selon son état, le centre hospitalier répondra ou non du geste fautif du médecin.

iii. Le patient est hospitalisé par son médecin traitant⁵¹

Ici, l'étanchéité des soins hospitaliers et médicaux se confirme. En effet, si le patient se présente au préalable au cabinet du médecin, un contrat médical se forme à cet instant⁵².

Dans l'éventualité où l'état du patient requiert une hospitalisation, le médecin traitant fera le nécessaire auprès du centre hospitalier où il est membre du Conseil des médecins, dentistes et pharmaciens⁵³. Se superpose alors au contrat médical un contrat hospitalier. Ce dernier contrat comprend certainement des services d'hôtellerie, de soins infirmiers, de soins pharmaceutiques, des services de garde, des services d'analyse et de diagnostic, des services d'anesthésie. Le centre hospitalier s'engage aussi à exécuter les soins prescrits par le médecin traitant. Par contre, toute la portion médicale qui relève du contrat préalablement formé avec le médecin traitant est évacuée de la sphère hospitalière.

49. Lapointe v. Le Gardeur, loc. cit., note 18; Houde v. Côté, loc. cit., note 31, Bernard v. Cloutier, loc. cit., note 37.

50. Couloume v. Hôtel-Dieu de Montréal, (1975) 2 R.C.S. 115.

51. P.-A. Crépeau, loc. cit., note 26, p. 721 qualifie cette situation de relation contractuelle multiple. L. Perret, loc. cit., note 19, p. 62.

52. X. v. Mellen, (1957) B.R. 389.

53. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-L. Baudouin, loc. cit., note 18, p. 705.

Ce contrat hospitalier ne comprend plus alors que les soins hospitaliers et les soins médicaux «restants» que le médecin traitant ne peut assumer comme par exemple l'anesthésie ou la radiologie.

Une faute entraîne-t-elle un dommage que le patient est face au maquis des sphères médicale et hospitalière et forcé de démêler l'écheveau des soins⁵⁴. Qui a posé le geste fautif? Le médecin traitant ou un intervenant médical chargé de la portion médicale «restante» du contrat hospitalier?

La responsabilité hospitalière n'est pas engagée lorsque le dommage est imputable à une exécution défectueuse de l'acte médical du médecin traitant⁵⁵. Autrement dit, le centre hospitalier n'est responsable que si une faute propre, détachable de la faute médicale, peut lui être imputée⁵⁶.

Encore ici, le patient est vulnérable. Il est la victime de la faute et devient la victime d'un labyrinthe juridique. Car, à défaut de bien cerner le geste fautif et son auteur, il échouera certainement contre l'un ou l'autre, parfois les deux débiteurs de soins.

Si le dommage résulte à la fois d'une faute contractuelle du médecin et d'une faute contractuelle du centre hospitalier, la responsabilité qui en résulterait pourrait être in solidum sans que le patient n'ait à déterminer les portions attribuables à chacun des débiteurs.

2. De jurisprudentia ferenda

a. L'élargissement du contrat hospitalier.

N'est-il pas curieux que les recours changent, que la responsabilité soit plus ou moins lourde, que les obligations soient plus ou moins étendues selon que le patient est conscient ou non, selon que le patient consente ou non, selon que le patient a vu un médecin ou non préalablement à son hospitalisation?

A notre avis, à travers cette sommaire description des responsabilités du centre hospitalier et des médecins, apparaît une

54. A. Bernardot, R.P. Kouri, «La responsabilité de l'équipe médicale», (1974) 34 R. du B. 8, p. 47; P.-A. Crépeau, loc. cit., note 26, p. 721.

55. G. Méméteau, «Contrat hospitalier et obligations de soins», Rev. Droit Sanit. et Soc. 24(3), juil-sept. 1988, 517, p. 519.

56. Ibid.

sévère lacune. C'est en vain que l'on recherche le lien qui devrait réunir les divers acteurs de l'oeuvre de santé. Car c'est bien de cela dont il s'agit: la santé du patient et son rétablissement. Il semble que le temps est venu de se détourner quelque peu des débiteurs de soins et de se tourner davantage vers celui que l'on traite: le patient. La santé devrait être vue comme une oeuvre globale et indivise: c'est l'objectif à atteindre auquel participent plusieurs intervenants. Quand l'oeuvre de santé est prise en charge par le centre hospitalier, qu'un contrat médical se soit formé préalablement ou non, le centre hospitalier devrait répondre de la faute dans l'obligation de soins.

La proposition n'est pas nouvelle: elle a déjà été mise de l'avant par la Cour supérieure dans une affaire impliquant deux spécialistes consultés par une patiente⁵⁷. Les deux spécialistes, un chirurgien plasticien et un dentiste avaient mis au point un plan de traitement afin de corriger l'asymétrie faciale de la patiente. Il s'agissait selon toute évidence de responsabilité contractuelle puisque le tribunal écarte expressément la condamnation aux intérêts prévue par l'article 1056c du Code civil. Pour le tribunal, le dilemme est le suivant: ou bien, il y a deux contrats médicaux et le médecin non fautif ne saurait répondre de la faute du médecin fautif; ou bien, il n'y a qu'un seul contrat médical avec deux médecins débiteurs, la responsabilité ne pouvant alors être que conjointe, chacun n'étant tenu que pour sa part.

Après examen des preuves et opinions d'experts, le tribunal conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'obligation de soins mais plutôt faute dans l'obligation de renseigner adéquatement la patiente.

Mais qui répondra de cette faute? Le tribunal s'exprime ainsi:

«On peut aussi s'interroger sur la question de savoir lequel des deux défendeurs avait l'obligation d'informer?

Le seul résultat recherché par la défenderesse: c'était la correction d'une mal-occlusion.

Les deux professionnels, chacun agissant dans sa discipline, proposent et mettent au point le traitement qu'ils

57. Sunne v. Shaw et Légaré, (1981) C.S. 609.

choisissent et recommandent pour arriver au résultat visé: l'un se charge de l'ostéotomie, l'autre de la réhabilitation subséquente de la bouche au moyen de prothèses fixes. Le résultat recherché c'est un tout auquel les deux professionnels consultés participent à partir du début. (...) On ne peut dire qu'il appartenait à l'un plus qu'à l'autre des défenseurs de bien éclairer leur patiente à partir du moment où les deux participants au choix du traitement dont le résultat visé est un tout indivisible, et ce même si la responsabilité du traitement lui-même peut se partager entre les deux spécialistes défenseurs»⁵⁸. (Nos italiques)

Et le tribunal retient la responsabilité in solidum des deux médecins.

Mais alors, comment concilier portion hospitalière et portion médicale lorsque deux contrats, l'un hospitalier, l'autre médical se sont formés? La solution repose dans un élargissement du contrat hospitalier à tous les soins requis pour rétablir la santé.

Lorsqu'un centre hospitalier accepte la demande d'admission faite par un médecin traitant, il se forme avec le patient un contrat hospitalier. Le centre hospitalier s'engage alors à fournir tous les services de santé nécessaires au rétablissement de la santé du patient. A partir de ce moment, il y a prise en charge de toute l'oeuvre de santé par le centre hospitalier. Cela ne signifie pas que le contrat médical préalable, ce contrat intuitu personae par excellence⁵⁹, disparaît. Mais il est absorbé par le contrat d'entreprise hospitalière moderne. Si le médecin traitant est membre du Conseil des médecins, dentistes et pharmaciens de l'établissement, le centre hospitalier respectera ce choix du patient⁶⁰ et cette portion médicale du contrat hospitalier sera

58. Id., p. 624.

59. R.P. Kouri, «L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois», (1984) 44 R. du B. 851, p. 859.

60. Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements, établi par Décret 1320-84, (1984) 116 G.O. II, 2745 (ci-après Règlement sur l'organisation).

déléguée au médecin traitant de la même façon que le centre hospitalier introduit un médecin à l'urgence ou à la clinique externe dans l'exécution du contrat hospitalier.

Le centre hospitalier agit alors comme un véritable «entrepreneur général» des soins. Ses «sous-traitants» sont ses préposés, personnel infirmier et hospitalier et son personnel médical jouissant des privilèges d'exercice.

Si un patient hospitalisé subit un dommage et que ce dommage résulte de la mauvaise exécution du contrat hospitalier élargi, le centre hospitalier en répondra peu importe qui est auteur du geste dommageable. En effet, le centre hospitalier répond contractuellement de tous les tiers introduits dans l'exécution du contrat. Mais les obligations du centre hospitalier ne sont en général⁶¹ que les obligations de moyens⁶². Le fardeau de prouver la faute du débiteur de soins demeure en entier sur les épaules du patient-demandeur. Rien n'empêche non plus le patient de poursuivre l'intervenant directement responsable, soit par exemple une infirmière sur la base quasi délictuelle ou le médecin traitant sur la base contractuelle. La condamnation du centre hospitalier et du tiers responsable serait alors *in solidum*⁶³.

Si le dommage résulte entièrement de la faute du médecin traitant, le centre hospitalier jouirait d'un recours récursoire pour se faire indemniser de la condamnation. Mais, au moins, le patient éviterait les aléas du maquis des relations intra muros du centre hospitalier.

En fait, il s'agit d'élargir la notion du contrat hospitalier, maintenant admise, à tous les soins nécessaires pour réaliser l'objectif indivisible: le rétablissement de la santé du patient.

Même si les services assurés en vertu de la Loi sur l'assurance-hospitalisation sont précisément définis, cela ne nous empêche pas d'étendre les obligations contractuelles du centre hospitalier aux conséquences qui découlent du contrat, d'après sa nature, et suivant l'usage, l'équité ou la loi (art. 1024 C.c.)⁶⁴. C'est ainsi qu'on a pu

61. En général car certaines obligations du centre hospitalier peuvent être des obligations de résultat: P.-A. Crépeau, L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Editions Yvon Blais Inc., 1989, 232 pp., pp. 50-55.

62. P.-A. Crépeau, loc. cit., note 7.

63. Lapointe v. Hôpital Le Gardeur et Chevrete, loc. cit., note 18.

64. P.-A. Crépeau, loc. cit., note 26, p. 702.

étendre le contrat hospitalier non seulement à la fourniture des installations d'anesthésie mais aussi à la prestation de l'anesthésie elle-même⁶⁵.

Même si le centre hospitalier ne peut pas, cela est évident, pratiquer l'art médical, il doit recruter des médecins compétents. Comment justifier que le centre hospitalier répond des phases pré et post-opératoires et même des fautes du personnel infirmier et hospitalier (ex. perfusionniste⁶⁶) voire même de l'anesthésiste⁶⁷ alors qu'échappe au contrat hospitalier la prestation du chirurgien? Comment prétendre que le centre hospitalier puisse répondre de la faute d'un médecin de la salle d'urgence et non de celle du médecin traitant? L'objet du contrat hospitalier n'est-il pas le même dans les deux cas: la santé du patient? Le centre hospitalier ne serait pas tenu à moins parce que le patient est allé voir un médecin avant l'hospitalisation. N'est-il pas plus exact de dire que le centre hospitalier a accepté de prendre en charge l'opération du patient, de mettre ses ressources matérielles et humaines à la disposition du patient pour le guérir et le soigner tout en respectant son choix quant au chirurgien⁶⁸? Or, l'on ne s'oppose plus à ce que l'acte médical proprement dit fasse partie du contrat hospitalier⁶⁹. C'était là une objection majeure puisque l'acte médical ne peut relever que d'un médecin inscrit au Tableau de l'Ordre.

Si l'on étend le contrat hospitalier à tous les soins dispensés en ses murs, peu importe alors l'identité du prestataire physique. Point n'est besoin non plus de recourir à la distinction, du reste fort problématique, des soins hospitaliers et des soins médicaux⁷⁰. Le centre hospitalier répond de toute inexécution du contrat hospitalier.

65. Beausoleil v. Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence, (1965) B.R. 37; Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier, (1969) R.C.S. 745; Covet v. Jewish General Hospital, (1976) C.S. 1390; Houde v. Côté, loc. cit., note 31.

66. Crawford et al. v. CHUS et al., J.E. 80-967 (C.S.). Appel de Travenol Laboratories et du CHUS rejeté et appel du jugement accueillant l'action en garantie du CHUS contre Travenol Laboratories accueilli le 25 mai 1982 (C.A.M. 500-09-001330-802, 500-09-001384-809 et 500-09-001316-801).

67. Beausoleil v. Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence, loc. cit., note 66; Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier, loc. cit., note 66; Houde v. Côté, loc. cit., note 31.

68. Voir D. Chalifoux, «Vers une nouvelle relation commettant-préposé», (1984) 44 R. du B. 815, p. 840 sur la notion d'intégration du sous-traitant dans l'organisation de l'entrepreneur général.

69. Lapointe v. Hôpital Le Gardeur et Chevrette, loc. cit., note 18.

70. P.-A. Crépeau, loc. cit., note 26, p. 683.

L'élargissement du contenu obligationnel du contrat hospitalier peut aussi être vu comme une question d'intérêt public. Alors que le droit aux services de santé est maintenant reconnu par la loi, l'Etat «globalise» davantage les soins de santé via son réseau d'établissements et assure la prestation de tous les soins sans égard aux distinctions traditionnelles entre soins médicaux et soins hospitaliers ou infirmiers⁷¹. Intervenant toujours davantage, l'Etat veille à la qualité de tous les soins dispensés dans les établissements par le biais de structures établies par la loi⁷². Ces mécanismes de contrôle s'ajoutent aux mécanismes généraux des corporations professionnelles elles-mêmes. A notre avis, c'est là une autre indication que la prestation de soins médicaux en milieu hospitalier doit répondre à une vision globale. Aussi, est-il temps de donner suite aux propos de Gilbert Blain lorsqu'il écrivait en 1970:

«Il devient ainsi difficile, en certaines occasions, de différencier le champ d'action du médecin de celui de ses nombreux collaborateurs et de délimiter ce qui constitue le domaine propre et la responsabilité exclusive du médecin. On pourrait peut-être dire que l'hôpital est entraîné malgré lui à participer, par l'intermédiaire d'un certain nombre de ses employés, à l'exercice de la médecine et que le jour n'est pas loin où l'on ne pourra plus séparer la responsabilité du médecin de celle de l'hôpital. En corollaire, on pourrait dire aussi que la pratique de la médecine en dehors du milieu hospitalier n'est maintenant possible que dans une mesure très limitée, ce qui impose à tous les médecins la nécessité de s'associer à un hôpital pour pouvoir exercer leur profession d'une manière efficace et satisfaisante. Ces conditions nouvelles peuvent entraîner des

71. Id., p. 684.

72. Comité d'évaluation médicale, dentaire et pharmaceutique, Règlement sur l'organisation, loc. cit., note 60, art. 102.

litiges où il n'est pas facile de rendre justice à tous ... et au malade»⁷³.

b. Pour une vision moderne du lien de préposition

Dans le cas où un patient est amené inconscient à la salle d'urgence d'un établissement, un contrat hospitalier ne peut pas se former⁷⁴. La responsabilité du centre hospitalier ne peut être que quasi délictuelle. Voilà qu'à partir de la même obligation de soigner, le centre hospitalier ne répond pas de la faute des médecins de garde car selon l'opinion dominante, les médecins ne sont pas des préposés du centre hospitalier. En effet, comme l'expose le Professeur Baudouin:

«En droit médical, le principe classique reconnu par la jurisprudence et soutenu par la doctrine majoritaire est à l'effet qu'il ne peut y avoir de lien de préposition entre l'hôpital et le médecin. L'autonomie d'exécution de l'acte médical est considérée comme incompatible avec le contrôle, la direction et la surveillance qui restent les critères principaux de la préposition. Puisque l'hôpital ne dirige, ne contrôle et ne surveille pas la façon dont le médecin exerce son art, il ne peut y avoir de lien de préposition au sens traditionnel du terme»⁷⁵.

73. G. Blain, «Problèmes actuels de responsabilité médico-hospitalière», in *Livre du Centenaire du Code civil*, (1970) tome II, p. 207.

74. Sauf le cas d'une stipulation pour autrui.

75. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-L. Baudouin, loc. cit., note 18, p. 729. D'éminents auteurs appuient cette position: L. Perret, loc. cit., note 19; A. Bernardot, R.P. Kouri, «Le médecin, le centre hospitalier et l'Etat», (1976) 36 R.du B. 513; P.-A. Crépeau, loc. cit., note 26. Un courant jurisprudentiel le suit aussi: *Petit v. Hôpital Ste-Jeanne d'Arc*, (1940) 78 C.S. 564; *Mellen v. Nelligan*, (1956) R.L. 129; *Martel v. Hôtel-Dieu de St-Vallier* (1968) B.R. 389; *Laurent v. Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théorêt*, (1978) 1 R.C.S. 605; *Houde v. Côté*, (1987) R.J.Q. 723 (C.A.) opinion du juge Monet; *Ouellette v. Shatz et al.*, (1987) R.R.A. 652 (C.S.); *Stancey v. Plante*, (1979) C.S. 670; *Girouard v. Hôpital Royal Victoria*, J.E. 87-1090 (C.S.); *Dussault v. Hôpital Maisonneuve Inc.*, (1976) C.S. 791; *Drapeau-Gourd v. Power*, J.E. 82-424 (C.S.). Par contre, d'autres arrêts ont considéré le médecin comme étant un préposé: *Cardin v. Cité de Montréal*, (1961) R.C.S. 655; *Beausoleil v. Soeurs de la Charité*, (1965) B.R. 37; *Martel v. Hôtel-Dieu de St-Vallier*, (1969) R.C.S. 745; *Hôpital Notre-Dame v. Villemure*, (1970) C.A. 538;

Par un simple jeu de règles, le centre hospitalier responsable d'un geste sous un régime, ne l'est plus quand il s'agit de l'autre.

Trois solutions ont été avancées pour éviter l'écueil du lien de préposition centre hospitalier/médecins. Les plus pessimistes estiment que seul un texte législatif faisant des médecins des préposés du centre hospitalier réussira à vaincre les réticences des tribunaux et de la doctrine⁷⁶.

Quant à lui, le Professeur Crépeau préconise une nouvelle approche soit la responsabilité délictuelle pour le fait d'autrui fondée sur l'article 1053 C.c. En effet, chaque fois qu'une obligation est imposée par la loi à un débiteur, celui-ci répond de son inexécution même si pour l'accomplir, il s'est substitué un tiers (qu'il soit préposé ou non). Le brocard qui agit per alium agit per se s'appliquerait tout autant à la responsabilité contractuelle que délictuelle. Cette responsabilité trouve son fondement dans la responsabilité personnelle de l'art. 1053 C.c. Le débiteur d'une obligation légale ne s'exonérerait donc pas en confiant l'exécution de son obligation à un tiers non préposé. Cette solution a l'immense avantage d'éviter l'exigence de la preuve du lien de préposition même si, en contrepartie, le créancier ne jouit plus de la présomption de responsabilité de l'article 1054(7) C.c. et doit prouver l'inexécution d'un devoir précis imposé par la loi au centre hospitalier⁷⁷.

La troisième possibilité, que nous préconisons, est une actualisation du lien de préposition et un réexamen attentif des mécanismes de contrôle et de surveillance de la prestation médicale en milieu hospitalier à la lumière des changements législatifs récents.

Au cours des dernières décades, l'on a connu un formidable développement de la main d'oeuvre hautement qualifiée et spécialisée. Souvent, le contrôle effectif de l'employeur n'est véritablement plus que symbolique. Qu'on songe à un ingénieur dans une usine, à un cadre dans une entreprise ou à un spécialiste en informatique, l'employeur est incapable de donner des ordres sur la façon de faire le travail, tout simplement parce que sa compétence s'arrête là où celle du

(1973) R.C.S. 716; *Covet v. Jewish General Hospital*, (1976) C.S. 1390; *Cloutier v. Hôpital St-Joseph de Beauceville*, (1978) C.S. 943, mais voir (1982) C.A. 289; *Bois v. Hôtel-Dieu de Québec*, (1975) C.S. 223.

76. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-L. Baudouin, loc. cit., note 18, p. 731.

77. P.-A. Crépeau, loc. cit., note 26, p. 733. Cette approche ne fait pas l'unanimité: S. Nootens, «La responsabilité civile du médecin anesthésiste», (1988) 19 R.D.U.S. 55 et (1989) 19 R.D.U.S. 317, p. 375. Bien que nous réservions notre jugement sur la question, nous estimons qu'il s'agit d'une voie très sérieuse à examiner.

professionnel commence. L'employeur demande au professionnel, qui reste seul maître de son acte et de son art, de faire un travail hautement spécialisé pour lequel son appartenance à un ordre professionnel ou ses connaissances particulières établissent a priori une compétence. Le contrôle de l'employeur ne peut être qu'a posteriori quand il découvre que le travail est mal fait: il peut alors prendre des sanctions. Mais douterait-on que le haut niveau d'autonomie et de compétence empêche l'établissement d'un lien de préposition? Sûrement pas⁷⁸.

L'examen des dispositions législatives et réglementaires concernant l'exercice de la médecine en milieu hospitalier révèle que la pratique médicale est fortement contrôlée et surveillée⁷⁹.

Un premier contrôle s'exerce lors de la nomination du médecin et de l'octroi de son statut et de ses privilèges d'exercice⁸⁰. Il porte notamment sur la qualification, la compétence scientifique ou le comportement du médecin. Ce contrôle est de plus périodique lorsqu'est examinée, à tous les deux ans, la demande de renouvellement⁸¹.

L'appréciation de la qualité des soins médicaux fait l'objet d'un contrôle continu de la part du Conseil des médecins, dentistes et pharmaciens (CMDP)⁸² de l'établissement via son comité d'évaluation médicale⁸³. Dans son rôle de gardien de la qualité des soins, le CMDP est lui-même surveillé par un préposé de l'établissement: le directeur des services professionnels (D.S.P.)⁸⁴.

Mais ce n'est pas tout. Le plan d'organisation d'un centre hospitalier doit de plus prévoir la formation de départements cliniques⁸⁵. Tout département clinique d'un centre hospitalier est dirigé

78. J.-L. Baudouin, op. cit., note 22, pp. 265-266.

79. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, op. cit., note 6, no 1024 et seq; A. Lajoie, P.A. Molinari, L.-H. Richard, *Le droit des services de santé et des services sociaux: évolution 1981-1987, rapport IV: Les statuts des professionnels de la santé et le contrôle de leurs activités*, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, 1987.

80. L.S.S.S.S., art. 130; Règlement sur l'organisation, loc. cit., note 60, art. 96.

81. Règlement sur l'organisation, loc. cit., note 60, art. 96.

82. L.S.S.S.S., arts 111-112.

83. Règlement sur l'organisation, loc. cit., note 60, art. 103. Notons par ailleurs que toute personne peut formuler une plainte contre un médecin de l'établissement. L.S.S.S.S., art. 112 et Règlement sur l'organisation, loc. cit., note 60, art. 106.

84. L.S.S.S.S., art. 118.

85. L.S.S.S.S., art. 70. Sur le caractère imprécis de cette notion de département clinique: A. Lajoie, P.A. Molinari, L.-H. Richard, op. cit., note 79, p. 32.

par un chef de département clinique⁸⁶. Sous l'autorité du D.S.P., le chef de département clinique doit notamment élaborer des règles d'utilisation des ressources du centre hospitalier⁸⁷. Le non-respect de ces règles d'utilisation des ressources peut entraîner des sanctions administratives imposées par le D.S.P. Ces sanctions peuvent notamment aller jusqu'à limiter ou suspendre le droit d'un médecin d'utiliser les ressources du centre hospitalier, situation virtuellement équivalente à une diminution de privilèges ou à une suspension⁸⁸. De plus, sous l'autorité du C.M.D.P., le chef de département clinique surveille la façon dont s'exercent la médecine et l'art dentaire dans son département⁸⁹. Il doit même établir des règles de soins médicaux pour son département⁹⁰. Qui plus est, ces règles de soins doivent prévoir que l'exercice professionnel des médecins des divers départements cliniques doit répondre à des règles de soins uniques⁹¹. Une pratique médicale contraire aux standards professionnels généralement reconnus ou qui s'écarte des règles de soins⁹² de l'établissement peut entraîner des sanctions disciplinaires de la part de l'établissement.⁹³ Le chef de département clinique concerné peut même, en cas d'urgence, suspendre les privilèges d'un médecin exerçant dans le centre⁹⁴. Il y a là véritable contrôle direct et immédiat de la prestation médicale. Ultimement, les sanctions disciplinaires et administratives sont adoptées par l'établissement lui-même via son conseil d'administration ou ses préposés (ex. le D.S.P.)⁹⁵.

Enfin, un médecin qui veut cesser d'exercer sa profession dans un établissement doit donner un préavis de soixante jours au Conseil d'administration. A défaut de le faire, il s'expose à des sanctions économiques⁹⁶.

-
- 86. L.S.S.S.S., art. 71. Sur ses fonctions et pouvoirs: *id.*, pp. 51 et ss.; Lawson v. Hôpital général du Lakeshore, (1989) R.J.Q. 2778 (C.S.) en appel. Sur le sens imprécis de cette notion: *id.*, p. 63.
 - 87. L.S.S.S.S., art 71.1.
 - 88. Y. Renaud, J.L. Baudouin, P.A. Molinari, Services de santé et services sociaux, Collections Lois et Règlements, Judico, 6e éd., commentaires sous l'art. 118 L.S.S.S.S.
 - 89. L.S.S.S.S., art. 71.2 al. 1.
 - 90. L.S.S.S.S., art. 71.2 al. 2.
 - 91. L.S.S.S.S., art. 71.2 al. 4.
 - 92. Sur le caractère obscur des règles de soins: A. Lajoie, P.A. Molinari, L.-H. Richard, *op. cit.*, note 79, rapport I: L'organisation interne des établissements de santé et de services sociaux: modifications et mutations de 1981 à 1987, p. 67.
 - 93. L.S.S.S.S., art. 131.
 - 94. Règlement sur l'organisation, *loc. cit.*, note 60, art. 110.
 - 95. Sans préjudice au pouvoir d'inspection professionnelle de la corporation professionnelle des médecins du Québec. Code des professions, L.R.Q. c. C-26, arts 109-115.
 - 96. L.S.S.S.S. arts 132.1 et 132.2.

Cette longue mais nécessaire description⁹⁷, bien qu'imparfaite, de l'exercice de la médecine dans un centre hospitalier moderne démontre que le contrôle de l'art médical existe réellement. Il ne s'agit pas seulement du contrôle de la compétence du médecin mais véritablement de la prestation de l'acte lui-même.

On arguera que l'évaluation de l'acte médical est faite par les pairs. Cela est évident, l'établissement étant inhabile et incapable de le faire. Cela ne change pas le véritable contrôle de l'établissement sur la prestation de l'acte médical lorsque des sanctions disciplinaires qu'il décide lui-même y sont attachées⁹⁸.

C'est selon les règles ordinaires applicables à tous les travailleurs en général qu'il faut décider si, dans chaque cas particulier, un médecin a agi comme préposé d'un hôpital⁹⁹. A notre avis, il existe maintenant, et c'est la loi qui l'impose, un véritable pouvoir de contrôle et de surveillance de la prestation médicale dans un centre hospitalier. Ce contrôle est à la fois périodique¹⁰⁰, permanent¹⁰¹ et immédiat¹⁰².

97. Depuis l'analyse de la L.S.S.S.S. en 1974 par le professeur Boucher et son équipe, («La responsabilité hospitalière», (1976) 17 C. de D. 317), la L.S.S.S.S. a été modifiée à plus de 20 reprises.

98. La jurisprudence nous donne des exemples de situations où des sanctions ont été prises contre des médecins exerçant dans un centre hospitalier et ce, pour des motifs relevant de la pratique médicale proprement dite. Services de santé et services sociaux - 11, (1987) C.A.S. 879: prescriptions de médicaments à mauvais escient et de façon contre-indiquée. Services de santé et services sociaux - 4, (1988) C.A.S. 603: utilisation de différentes techniques opératoires périmées ou inappropriées. Services de santé et services sociaux - 15, (1978) C.A.S. 715: notamment prescriptions médicamenteuses injustifiées, temps d'arrêt inexplicables pendant les chirurgies; Services de santé et services sociaux - 10, (1983) C.A.S. 851: 10 cas de conduite répréhensible dont la prescription d'un traitement inadéquat.

99. Hôpital Notre-Dame de l'Espérance et Théoret v. Laurent, (1978) 1 R.C.S. 605; Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier, loc. cit., note 76.

100. Par le réexamen périodique du statut et des privilèges. Règlement sur l'organisation, loc. cit., note 60. R. Boucher, loc. cit., note 97, pp. 350-351.

101. Par la constitution d'un dossier professionnel qui suit le médecin dans tout centre hospitalier. Règlement sur l'organisation, op. cit., note 60, art. 100 et R. Boucher, loc. cit., note 97, pp. 350-351.

102. Par le chef de département clinique et le comité d'évaluation médicale quant à la qualité de la prestation médicale et sa conformité avec les règles de soins et d'utilisation des ressources. R. Boucher, loc. cit., note 97, p. 352.

Aussi sommes-nous d'opinion que l'on pourrait fort bien, à l'instar de l'équipe du professeur Boucher¹⁰³, conclure à l'existence d'un lien de préposition entre le centre hospitalier et le médecin y oeuvrant¹⁰⁴.

L'art. 1 in fine de la L.S.S.S.S., précisant que les médecins et dentistes ne sont pas considérés comme faisant partie du personnel¹⁰⁵, n'est pas une objection à la relation commettant/préposé lorsque la loi elle-même élabore le système de contrôle et de surveillance nécessaire à cette qualification¹⁰⁶. Cet article ne fait que les exclure des dispositions générales concernant le personnel puisque précisément, on a élaboré un système particulier pour contrôler et surveiller la prestation médicale.

Force est de constater que la résistance à la reconnaissance d'une relation commettant/préposé entre un centre hospitalier et un médecin est bien appuyée. Certains sont catégoriques: acte professionnel et lien de préposition sont antinomiques¹⁰⁷. Jean-Louis Baudouin doute que le système de contrôle et de surveillance de l'acte médical en milieu hospitalier précédemment décrit suffise, selon la conception classique, à reconnaître un lien de préposition¹⁰⁸.

Il n'est pas question d'affirmer que le centre hospitalier dicte aux médecins comment pratiquer la médecine. Par contre, un contrôle existe vraiment au niveau de la structure de la tâche du médecin explique Jean-Louis Baudouin¹⁰⁹. Il faudrait que les tribunaux évoluent vers une conception moderne du lien de préposition¹¹⁰ où

103. R. Boucher, loc. cit., note 97, pp. 354-355. A multo fortiori depuis les amendements à la L.S.S.S.S.

104. La responsabilité d'un centre hospitalier fait aussi l'objet d'un vigoureux débat en common law canadienne: *Yepremian v. Scarborough General Hospital*, 88 D.L.R. (3d) 161; 110 D.L.R. (3d) 513; commentaires J.E. Magnet 6 C.C.L.T. 121; G.H.L. Fridman, «Hospital Liability for Professional Negligence», (1980) 4 *Legal Medical Quaterley* 80; J. Liswood, «Hospital Liability: A Lawyer's Perspective», (1986) 6 *Health Law in Canada* 51, («The developing view is that a hospital should be responsible for what goes on under its roof»), R.A. Stradiotto, «Malpractice actions against hospitals», conférence donnée à Toronto le 29-10-1979, Association du Barreau Canadien; E.I. Picard, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, Carswell, 1984, pp. 313 ss.

105. Cette disposition est répétée dans l'avant-projet de loi portant sur la Loi sur les services de santé et les services sociaux, 1989, art. 137.

106. C'est ce qu'on pourrait qualifier de création implicite du lien de préposition. R. Boucher, loc. cit., note 97, pp. 340-343.

107. P.-A. Crépeau, loc. cit., note 26, A. Bernardot, R.P. Kouri, «Le médecin, le centre hospitalier et l'Etat», (1976) 36 *R. du B.* 512.

108. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-L. Baudouin, loc. cit., note 18, p. 730.

109. Ibid.

110. J.-L. Baudouin, op. cit., note 22, p. 256. Aussi du même auteur: «La responsabilité professionnelle médicale: pathologie et thérapie», (1989) *Assurances* 62, 76.

expertise et initiative dans l'exécution de l'acte ne sont pas irréconciliables avec la notion de préposition.

En droit du travail, la notion de subordination, critère fondamental d'application et élément essentiel à la distinction entre le salarié et l'entrepreneur indépendant et qui est finalement l'évaluation du degré d'intégration à l'entreprise d'autrui, a évolué du concept classique que l'on connaît en droit civil vers une subordination juridique au sens large¹¹¹.

Les auteurs Gagnon, Lebel et Verge la définissent ainsi:

«Dans le cas de la subordination juridique au sens large, le contrôle porte non pas sur la façon d'exécuter le travail, mais plutôt sur la régularité convenue de son accomplissement, comme sur la qualité de son exécution¹¹². (...)»

Dans son ensemble, le critère de l'application du droit du travail actuellement retenu semble bien celui de la subordination juridique entendu souplement et se manifestant extérieurement par l'acceptation d'un certain cadre de travail. Elle traduit bien la diversité possible des formes actuelles de rattachement à l'entreprise d'autrui: autonomie, souvent, dans l'exécution du travail résultant du haut degré d'aptitude ou de savoir requis pour l'accomplir, mais aussi assujettissement à un ultime pouvoir de direction inhérent à cette entreprise¹¹³.

111. R.P. Gagnon, L. Lebel, P. Verge, *Droit du travail*, 1987, Les Presses de l'Université Laval, 933 pp., p. 13.

112. Id., p. 11.

113. Id., p. 13.

Et si le critère classique du droit civil a été abandonné, c'est qu'il ne correspondait plus à l'entreprise moderne où le degré d'autonomie est considérable, parfois total, dans la façon de travailler¹¹⁴.

En empruntant cette notion d'intégration à l'entreprise¹¹⁵ dans l'analyse du lien de subordination en droit civil, il serait possible d'étendre aux professionnels la notion de préposé¹¹⁶.

A l'aube d'une réforme du droit civil québécois, il n'est pas vain de tenter de réactualiser la notion du lien de subordination puisqu'à notre avis, l'avant-projet de loi sur les obligations¹¹⁷ risque de mettre en péril le recours en responsabilité contractuelle pour le fait d'autrui dans le cas de dommage corporel. Dans le prochain Code, le Législateur propose de fondre en un seul article (1515) la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, ce qui n'est pas nouveau¹¹⁸. Par contre, le Législateur pose la règle du respect du régime contractuel si le dommage causé résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle¹¹⁹. Mais, si le dommage causé est corporel¹²⁰, le créancier doit, nonobstant les règles du régime contractuel de responsabilité, s'en remettre aux règles du chapitre trois (Du préjudice causé à autrui) du titre premier du livre cinquième intitulé «Des obligations»:

1516. «Lorsqu'une personne est tenue de réparer le préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le créancier, ni le débiteur ne peut, malgré toute stipulation contraire, se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité [arts

114. Id., p. 12.

115. Voir J.E. Magnet, «Liability of a hospital for the negligent acts of professionnels - a comment on Hôpital Notre-Dame de l'Espérance v. Laurent», 3 C.C.L.T. 135, 136.

116. D. Chalifoux, loc. cit., note 68, p. 819 retient trois facteurs d'analyse: le contrôle administratif que possède l'entreprise, l'utilisation des ressources humaines et matérielles qui appartiennent à l'entreprise et l'exclusivité des services: un médecin en salle d'urgence ne répond-il pas à tous ces critères pendant son tour de garde? (P. 838.)

117. Avant-projet de loi, Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations, 1987.

118. Serge Gaudet, Droit civil: Le droit à la réparation en nature en cas de violation d'un droit personnel Ad Rem, (1989) 2 R.D.U.S. 473, pp.488-491.

119. On a, semble-t-il, voulu écarter la décision de la Cour suprême dans l'affaire Wabasso Ltd v. National Drying Machinery Co., (1981) 1 R.C.S. 578.

120. Quid si le dommage causé à la suite de l'inexécution d'une obligation contractuelle est à la fois corporel et matériel (i.e. causé aux biens de la victime)?

1659 et ss] pour opter en faveur de règles qui lui seraient plus profitables.

Cette règle reçoit exception lorsque le préjudice causé est corporel ou lorsqu'un fabricant, un distributeur ou un fournisseur d'un bien meuble est tenu, en vertu de la loi, de réparer le préjudice causé par ce bien à un tiers; en ces cas, l'obligation de réparer est exclusivement réglée par les dispositions du présent chapitre». [arts 1515 à 1539]

Donc, dans le cas où il y aurait contrat (par exemple hospitalier) et qu'un dommage corporel résulterait de l'inexécution du contrat, le créancier n'aurait pas le choix et devrait s'en remettre aux règles du chapitre trois lequel contient les seules dispositions relatives à (toute) la responsabilité du fait d'autrui: soit pour le sujet qui nous occupe, la responsabilité du commettant pour le préjudice causé par son préposé (art. 1521). Mais alors, le centre hospitalier ne répondrait du dommage causé par un médecin que s'il était établi que ce dernier est son préposé¹²¹. Comme rien n'est moins sûr¹²², il n'y aurait plus alors de responsabilité contractuelle du centre hospitalier pour le fait de ses médecins dans le cas de dommage corporel¹²³.

Une autre interprétation serait par ailleurs possible. Quand le préjudice est corporel, la victime ne serait pas limitée par la règle contraignante de l'article 1516 alinéa un. Elle aurait à sa disposition tout le chapitre trois qui couvre à la fois la responsabilité contractuelle et délictuelle (art. 1515). La responsabilité contractuelle pour le fait d'autrui ne serait donc pas exclue.

121. Remarquons que si le commettant seul est poursuivi, il n'aura de recours récursoire contre le préposé fautif que si ce dernier a commis une faute intentionnelle ou lourde (art. 1521). Imaginons que l'on reconnaisse que le centre hospitalier est le commettant de ses médecins...

122. *Infra*.

123. Voir les commentaires de la Sous-commission du Barreau du Québec sur le droit des obligations, Barreau du Québec, 1988. Notons que le projet de Code civil de l'Office de révision du Code civil (1977) ne comportait pas de disposition semblable à l'article 1516.

Partie II

L'impact de la limitation des ressources sur la responsabilité civile

«Urgence: 500 décès par an à cause du manque d'équipement». C'est ce que titrait le journal *La Presse* dans son édition du jeudi 5 octobre 1989 et ce que soutient l'Association des médecins d'urgence du Québec. Selon elle, la désuétude des équipements en salle d'urgence et la désorganisation des services sont telles que chaque année, plus de 500 décès surviennent chez des patients qui auraient été sauvés s'ils avaient vécu en Ontario ou aux États-Unis.

Cette vision assez alarmiste des choses illustre malgré tout très bien la problématique de la pratique médicale en milieu hospitalier dans un contexte de ressources limitées.

Penchons-nous plus particulièrement sur l'attitude des tribunaux face à cette situation et jetons un regard vers l'avenir.

1. L'attitude des tribunaux

Le droit aux services de santé est spécifiquement prévu dans la Loi sur les services de santé et les services sociaux adoptée en 1971¹²⁴. L'article 4 énonce:

«Toute personne a droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée, compte tenu de l'organisation et des ressources des établissements qui dispensent ces services». (...)

Ce droit aux services de santé était un jalon essentiel à l'élaboration et au respect du droit à la santé lui-même. On peut lui reprocher sa formulation imprécise¹²⁵. Certains ont même mentionné qu'il s'agissait d'un «droit non sanctionnable»¹²⁶.

124. (1971) L.Q., c. 48.

125. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, op.cit., note 6, p. 82.

126. Voir A. Lajoie, P.A. Molinari et al., *Pour une approche critique du droit de la santé*, P.U.M., Montréal, 1987, 331 p., pp. 21 ss.

Cet article 4, nécessairement écrit en des termes généraux doit être lu et raffiné avec l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires relatives aux services de santé de manière à lui donner un contenu opératoire¹²⁷.

Ce droit aux services de santé a fait l'objet de peu de décisions de la part des tribunaux civils appelés à trancher des litiges de responsabilité civile. On l'a vu: l'approche civiliste contractuelle prévaut¹²⁸. C'est là une illustration de la difficile coexistence des rapports privés avec une publicisation toujours plus grande des droits¹²⁹.

Ce n'est pas, par contre, prétendre que le droit aux services de santé ne fait pas l'objet d'un contentieux¹³⁰. Mais la loi accorde des recours précis par exemple via la plainte au C.R.S.S.S.¹³¹ dans le cas de violation du droit aux services¹³². De plus, ce ne sont pas tous les cas de violations du droit aux services de santé de qualité qui atteignent le degré de gravité requis pour initier un recours en responsabilité civile médicale ou hospitalière même si en théorie, il y aurait pu y avoir un recours¹³³.

Il n'est pas aisé de définir l'aspect qualitatif de la prestation de soins en milieu hospitalier¹³⁴. Les tribunaux civils eux-mêmes ne sont pas plus précis lorsqu'ils font de l'obligation de soigner une obligation de moyens qui exige que les soins soient consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science. L'article 4 de la L.S.S.S. est malgré tout suffisamment précis lorsqu'il énonce que les soins doivent être adéquats sur les plans scientifique, humain et social avec continuité et de façon personnalisée. Il s'agirait de conditions essentielles de la prestation de services de santé et non d'une simple déclaration de principe¹³⁵.

Il demeure cependant que la loi elle-même a pour effet de restreindre considérablement la portée de ce droit puisque les soins de

127. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, op.cit., note 6, par. 111.

128. Lapointe v. Hôpital Le Gardeur, op. cit., note 18.

129. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-L. Baudouin, op. cit., note 18.

130. Voir par exemple Favre v. Hôpital Notre-Dame, (1984) C.S. 182, (1984) C.A. 548; C. ... v. Hôpital Q..., (1983) C.S. 1064; Poirier v. Hôpital du Haut-Richelieu, (1982) C.S. 511.

131. L.S.S.S., art. 18.

132. J.-P. Ménard, Pour une approche critique du droit de la santé, P.U.M., Montréal, 1987, 331 pp., p. 255.

133. A. Lajoie, P.A. Molinari et al., op.cit., note 126, p.6; A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, op.cit., note 6, par. 623.

134. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, op.cit., note 6, pp. 103 ss.

135. J.-P. Ménard, op. cit., note 132, p. 255.

santé sont dispensés suivant l'organisation et les ressources des établissements qui dispensent ces services. Des conditions structurelles nécessaires viennent limiter l'exigibilité des soins, qu'on songe au type d'établissement auquel on s'adresse, sa classe, sa capacité, le type de permis, son plan d'organisation, etc.

Mais il ne s'agit pas de cela. Un centre hospitalier est-il civilement responsable d'un dommage causé à un patient, dommage qui résulte d'une insuffisance de personnel (ex. surveillance inadéquate) ou de matériel causée par des ressources financières limitées? Qu'en est-il des professionnels de la santé qui doivent soigner dans ces conditions? Peuvent-ils être civilement responsables?

Les tribunaux civils québécois se sont penchés à deux reprises sur la prestation de soins dans ce contexte.

Dans une première affaire¹³⁶, un jeune enfant de cinq ans est entré dans un état neuro-végétatif à la suite de deux interventions chirurgicales mineures. Les opérations se sont déroulées normalement mais l'enfant a subi un arrêt cardio-respiratoire à la suite de l'anesthésie. On a poursuivi l'hôpital et ses deux anesthésistes. Un premier anesthésiste a procédé à l'anesthésie et elle a été continuée par le deuxième. Il n'y avait pas à l'hôpital d'autres anesthésistes que ces deux-là quoique, pendant l'opération chirurgicale de la victime, cinq salles d'opération fonctionnaient simultanément sur le même étage sans tenir compte de la salle d'obstétrique située sur un autre étage. Le remplacement d'anesthésistes s'explique par le fait que le premier a été mandé en salle d'obstétrique.

Le tribunal de première instance ne manque pas de souligner qu'il apparaît hasardeux pour un anesthésiste d'avoir en même temps la responsabilité d'anesthésier et de tenir anesthésiées trois ou quatre personnes à la fois. Ceci ne peut avoir comme effet que de diminuer, pour chaque patient, le degré d'attention et de surveillance que requiert son cas¹³⁷. En l'espèce, l'anesthésiste n'a pas, suivant la pratique courante, accompagné le patient à la salle de réveil, laissant cette tâche aux infirmières y affectées¹³⁸ et dont, et l'hôpital et l'anesthésiste, répondraient¹³⁹. En conséquence, les médecins et le centre hospitalier

136. Perron v. Hôpital Général de la Région de l'Amiante, (1976) C.S. 1191 (résumé). Les faits remontent à 1973.

137. Id., p. 6 du jugement inédit: Cour supérieure, no 05-000030-74, le 23 juillet 1976, monsieur le juge Antoine Lacourcière.

138. Id., p. 3.

139. Id., p. 11.

ont été condamnés solidairement puisqu'il y a eu absence de surveillance de la part des infirmières en charge du patient à la salle de réveil et retard à obtenir de l'aide lorsqu'on a constaté les difficultés respiratoires du patient.

En Cour d'appel¹⁴⁰, se pose évidemment la question de savoir qui répond de la faute des infirmières: le centre hospitalier ou les anesthésistes? La Cour établit que la surveillance du patient en salle de réveil relève des soins hospitaliers, ce qui ne peut entraîner que la responsabilité du centre hospitalier. La Cour en vient à cette conclusion en constatant que les soins hospitaliers comprennent aujourd'hui les services d'anesthésie.

Sur le comportement des anesthésistes, obligés d'oeuvrer dans des conditions de restrictions, la Cour refuse d'y voir une faute ou du moins pas une faute causale. Selon la Cour,

«Bien sûr l'idéal est qu'un anesthésiste n'ait charge que d'un patient à la fois, mais les contraintes imposées par la pénurie de spécialistes permettent qu'il en soit autrement. Les anesthésistes sont placés dans un dilemme: ou traiter idéalement leurs patients aux dépens du nombre d'opérations pratiquées, ou permettre d'opérer plus de patients qui le requièrent en sacrifiant un peu à l'idéal, tout en respectant une marge de sécurité admissible.

A tout événement, que les anesthésistes aient eu le 6 juin, à s'occuper de plusieurs patients à la fois ne me paraît pas être déterminant de l'accident qui survint au jeune Perron»¹⁴¹.

La Cour ne réfère pas du tout à l'art. 4 L.S.S.S.S. mais plutôt au concept traditionnel d'analyse de la faute soit l'obligation de moyens: le geste du médecin ou de l'hôpital doit être apprécié d'un point de vue objectif et abstrait c'est-à-dire en se demandant ce qu'aurait fait un

140. (1979) C.A. 567.

141. Id., p. 577.

médecin ou une infirmière de science, compétence ou d'habileté ordinaire et raisonnable, placé dans des circonstances semblables à celles où se trouvait celui ou celle dont on veut juger la conduite¹⁴².

On ne juge pas fautif à l'époque le fait pour un anesthésiste d'être en charge dans plusieurs salles à la fois puisque, semble-t-il, c'est la «pratique» vu la pénurie d'anesthésistes. Une pratique médicale hasardeuse¹⁴³ n'est pas fautive si elle respecte des exigences d'efficacité, tout en restant dans une marge de sécurité reconnue (mais par qui?) admissible. On peut donc sacrifier un peu à l'idéal pour opérer plus de patients.

Le dictum ne manque pas d'étonner de la part du plus haut tribunal de la province. Cela établit une norme ou plutôt une absence de norme qui se justifie par une efficacité administrative. Et on ne parle pas ici de soins mineurs ou de simple commodité ou confort mais bien d'anesthésie, domaine à risque élevé¹⁴⁴ où la vie du patient est en jeu.

Cela est d'autant plus surprenant qu'il ne s'agit pas directement d'évaluer un diagnostic erroné ou encore choisir entre diverses théories médicales controversées, domaine où les tribunaux sont mal à l'aise quand ils ne refusent pas carrément de se prononcer. Surveiller plusieurs patients à la fois relève plutôt des règles générales du bon sens et de la prudence auxquelles est assujéti l'exercice de toute profession¹⁴⁵. Cela ne pourrait donc pas constituer un usage médical propre à repousser l'action en responsabilité¹⁴⁶.

La pression professionnelle est évidemment très forte sur ces anesthésistes et ils peuvent très difficilement, sous peine de sanctions¹⁴⁷, refuser d'agir. Par contre, la surcharge de travail peut être génératrice de faute dont répondra ultimement le médecin. Et le centre hospitalier, quant à lui, pourra ou non être tenu responsable de la faute du médecin selon le régime de responsabilité retenu.

Les tribunaux ont encore été amenés à se prononcer sur la surcharge de travail imposée aux anesthésistes¹⁴⁸. Dans cette affaire, le

142. Id., p. 574.

143. Selon le juge de première instance.

144. S. Nootens, op. cit., note 77, p. 330.

145. G. v. C. et de Coster, (1960) B.R. 161, 171.

146. A. Bernardot, R.P. Kouri, op.cit., note 13, par. 429.

147. Voir Services de santé et services sociaux - 6, (1983) C.A.S. 591 sur la situation difficile faite aux anesthésistes et sur la lourdeur de leur tâche.

148. Houde v. Côté, (1982) C.S. 906; (1987) R.J.Q. 723

demandeur Côté s'était blessé à un genou ce qui nécessitait son hospitalisation en vue d'une patellectomie partielle (ablation de la rotule). Le patient subit une anesthésie épidurale effectuée par le Dr Houde. L'opération réussit mais il en résulta une paralysie partielle des membres inférieurs pour le patient. Encore ici, l'anesthésiste «faisait» trois salles en même temps¹⁴⁹. Or, le demandeur présentait une condition médicale qu'on aurait dû connaître et qui le rendait susceptible de chutes de tension sanguine. Il aurait dû faire l'objet d'une surveillance attentive afin d'assurer un niveau adéquat de pression artérielle.

Or, cette surveillance attentive de la part de l'anesthésiste, qui aurait pu permettre une intervention pour sauver le patient, n'a pu avoir lieu, l'anesthésiste s'occupant de trois patients à la fois¹⁵⁰. La Cour supérieure s'exprime ainsi:

«Il faut donc constater que cet avant-midi là, le défendeur s'est imposé et s'est laissé imposer par l'hôpital, la codéfenderesse, une cédule de travail pour le moins chargée, lourde voire possiblement pénible»(...) ¹⁵¹. (Nos italiques)

En première instance, le médecin fut trouvé responsable des dommages, pour avoir notamment pour avoir accepté une charge de travail trop lourde durant un certain temps et pour avoir accepté de travailler en compagnie d'un personnel insuffisant et non qualifié pour surveiller les patients anesthésiés¹⁵².

La responsabilité du centre hospitalier fut également retenue car il a imposé à l'anesthésiste une charge de travail trop lourde et ne lui a pas fourni du personnel compétent en nombre suffisant. C'est là la reconnaissance expresse d'une responsabilité pour une faute dans l'organisation du service d'anesthésie.

149. (1982) C.S. 906, 925.

150. Id. Voir l'explication de l'anesthésiste qui, bien que n'étant pas au chevet de son patient, était à une «distance légale» de celui-ci.

151. Id.

152. Id., p. 929.

L'affaire est portée en appel où un débat s'est engagé relativement au régime de responsabilité à retenir¹⁵³.

Pour le Juge Chouinard, l'appréciation de la charge de travail trop lourde de l'anesthésiste, cause d'une surveillance inadéquate du patient, doit se faire in concreto et non pas par simple équation entre la surcharge de travail et le dommage. A ce sujet, l'honorable juge pose la question ainsi:

«Il va de soi que le nombre de salles d'opération sous surveillance (en l'espèce 3 et 7 anesthésies en une matinée) n'avait rien de commun avec la qualité de celle-ci, du moins en théorie. Plutôt fallait-il se demander si l'anesthésiste Houde avait l'obligation dans l'espèce de prévoir, sinon de prévenir, la complication qui survient ou même, lors de sa survenance, de l'identifier et de la traiter convenablement»¹⁵⁴.

Le juge répond par l'affirmative et confirme la conclusion de responsabilité prononcée par la Cour supérieure. Ainsi, ce n'est pas une faute en soi que d'accepter une surcharge de travail. Par contre, cela ne diminue pas le degré de soins dû à chaque patient. Le médecin surchargé risque donc de se placer lui-même dans une situation d'impossibilité physique qui provoquera un dommage dont il répondra¹⁵⁵.

Quant au centre hospitalier, le juge Chouinard retient qu'un contrat hospitalier est intervenu entre lui et le patient, lequel comprenait la fourniture de l'anesthésie. Par contre, aucun contrat

153. En Cour supérieure, la condamnation du centre hospitalier et du médecin est solidaire bien que l'on reconnaisse l'existence d'un contrat hospitalier. De plus, les défendeurs sont condamnés à payer l'indemnité additionnelle de l'article 1056c. Cet aspect est important puisque l'article 1078.1 C.c. n'est entré en vigueur que le premier avril 1983.

154. (1987) R.J.Q. 723 (C.A.), 737.

155. Voir *Bois v. Hôtel-Dieu de Québec et Plamondon*, (1980) C.S. 596 à la page 608: «Ce travail (du médecin), dans des conditions plus difficiles, augmentait sans doute les risques, mais n'atténuait pas la responsabilité, pas plus que l'automobiliste ne voit sa responsabilité diminuée parce qu'il aurait choisi de circuler au cours d'une tempête». Appel accueilli en partie pour réduire la part de responsabilité du médecin et de l'établissement à 60% vu la condition préexistante de la victime: J.E. 85-976 (C.A.).

médical n'existait entre le patient et l'anesthésiste. La responsabilité du centre hospitalier est engagée du seul fait de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui (ici, la faute de l'anesthésiste). Par contre, elle peut aussi s'analyser du point de vue délictuel¹⁵⁶ car des fautes précises¹⁵⁷ peuvent être retenues à l'encontre du centre hospitalier:

- Défaut de fournir un personnel approprié à la surveillance de malades anesthésiés et;
- Avoir imposé une charge de travail trop lourde.

Quant à ce dernier aspect, le centre hospitalier en répond car c'est la direction de l'hôpital qui limite le nombre des anesthésistes et en conséquence fixe le fardeau de travail rejoignant la qualité des soins. La responsabilité de l'hôpital est une conséquence de l'organisation matérielle du travail de l'anesthésiste non pas décidée par lui mais par un préposé de l'hôpital, soit le directeur de service¹⁵⁸ (en l'occurrence, le chef anesthésiste).

Monsieur le Juge Monet conclut également à la responsabilité de l'anesthésiste pour les mêmes motifs que le Juge Chouinard. Par contre, la responsabilité du centre hospitalier doit être purement contractuelle pour le fait de l'anesthésiste¹⁵⁹. Ce qui n'établit pas clairement la responsabilité du centre hospitalier pour une faute dans l'organisation de son service d'anesthésie¹⁶⁰ bien qu'elle soit à l'origine du manque de surveillance du patient.

M. le Juge Beauregard retient aussi la faute du médecin. Par contre, en ce qui concerne le centre hospitalier, le savant juge ne retient pas sa responsabilité contractuelle puisque sa seule obligation était de mettre à la disposition du patient de l'équipement et du personnel. Jamais le centre hospitalier ne se serait engagé à anesthésier le patient comme tel, ni par lui-même ni par ses employés

156. Opter pour le régime délictuel contre le centre hospitalier permet alors une condamnation solidaire et l'octroi de l'indemnité additionnelle de l'article 1056c) C.c.

157. Il faut conclure qu'il s'agit de violations d'obligations légales. *Wabasso v. National Drying Machinery*, (1981) R.C.S. 578.

158. (1987) R.J.Q. 723 (C.A.), 741. Il semble donc qu'un directeur de service, fut-il médecin, peut-être un préposé de l'établissement, du moins pour l'aspect «administratif» de sa tâche.

159. La condamnation sera donc in solidum et sans octroi de l'indemnité additionnelle de l'art. 1056c) C.c. L'indemnité additionnelle est maintenant possible en matière contractuelle depuis le premier avril 1983 (art. 1078.1 C.c.).

160. Vu les propos du Juge Chouinard sur la surcharge de travail de l'anesthésiste dont répond le centre hospitalier.

ni par un sous-traitant. Ce qui restreint singulièrement l'étendue du contrat hospitalier à la fourniture de ressources mais pas de services¹⁶¹.

Qui plus est, le centre hospitalier échappe à la responsabilité du commettant, l'anesthésiste n'étant pas son préposé. Il échappe aussi à la responsabilité résultant de la charge de travail exigée de l'anesthésiste par le directeur du service d'anesthésie puisque la preuve ne révèle pas que cela a été imposé par l'anesthésiste en chef:

«Le seul allégué de faute contre un préposé de l'hôpital qui m'apparaît sérieux est le fait que l'anesthésiste en chef aurait forcé Houde à travailler dans des circonstances difficiles. Il est certain que Houde avait beaucoup à faire le matin de l'anesthésie et qu'il était peut-être imprudent de voir à plusieurs malades en même temps. Mais je ne vois rien dans la preuve que cela fut imposé à Houde par l'anesthésiste en chef. D'ailleurs, je suis loin d'être convaincu que, si Houde avait eu moins à faire ce matin-là, il aurait agi autrement et qu'il aurait ainsi évité l'événement»¹⁶².

Que penser de ces deux décisions de la Cour d'appel?

Notons tout d'abord que la Cour supérieure avait vu une conduite fautive dans le fait d'imposer et d'accepter une charge de travail trop lourde. A deux reprises, la Cour d'appel refuse de s'engager sur ce terrain. On ne retrouve pas de majorité qui conclut à la faute d'organisation du centre hospitalier.

Force est de reconnaître que l'approche de la Cour d'appel est pragmatique, cas par cas¹⁶³. On juge la responsabilité dans une prestation de soins particulière, pas la gestion du centre hospitalier ou

161. Là-dessus le Juge Beauregard est minoritaire. Voir l'opinion du Juge Jacques dans *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur et Chevette*, op. cit., note 18, p. 2631 et ss., sur l'obligation du centre hospitalier quant à l'organisation de sa salle d'urgence.

162. (1987) R.J.Q. 723 (C.A.), 731.

163. M. le juge Monet: «... je crois qu'il serait imprudent en cette matière comme en bien d'autres de négliger la situation de fait et de se précipiter vers la théorie des obligations.» *Houde v. Côté*, (1987) R.J.Q. 723 (C.A.), 725.

des chefs de services, encore moins les politiques et décisions administratives¹⁶⁴.

Les tribunaux sont donc prudents de ne pas établir une norme quantitative de soins. Par contre, et c'est ce qui est le plus inquiétant, les tribunaux apprécient la qualité des soins eu égard «à la pratique» en milieu hospitalier. C'est donc dire que chaque centre hospitalier fixe, en définitive, lui-même la norme ou le standard de son obligation de soins. Dans un contexte de restrictions budgétaires, cela ne peut qu'entraîner une diminution de la qualité de soins.

En somme, la responsabilité civile médico-hospitalière s'apprécie via le prisme classique du droit civil et notamment de l'obligation de moyens. L'on recherche la faute suivant les critères reçus en s'abstenant de faire le procès de la gestion des ressources. Par contre, l'évolution du centre hospitalier comme entreprise de soins pouvant dispenser des soins médicaux a élargi sa responsabilité.

2. Qualité des soins et ressources limitées: regard vers l'avenir.

Nous avons décrit dans la première partie les mécanismes de contrôle mis en place afin de surveiller l'exercice de la médecine dans l'établissement hospitalier. A ce contrôle statutaire, il faut ajouter le contrôle budgétaire des administrateurs qui, dans les faits, entraîne la véritable perte d'autonomie des médecins¹⁶⁵.

Le centre hospitalier peut légalement organiser des soins et des services dans l'établissement. Ses décisions peuvent être fondées sur des motifs d'ordre administratif ou budgétaire¹⁶⁶. Les décisions administratives prises pour réduire ou contrôler les coûts des soins ont pour objectif d'améliorer la coordination des soins, d'augmenter la «productivité» et gérer de façon serrée les moyens de diagnostic et de traitement.

Les médecins eux-mêmes¹⁶⁷ sont invités à participer à cet effort de contrôle budgétaire¹⁶⁸. S'installe alors un conflit entre une réduction

164. Voir les commentaires de la Cour d'appel dans *Bernard v. Cloutier*, (1982) C.A. 289 quant à l'organisation des services de garde en milieu rural.

165. Voir M. Wahn, *The Decline of Medical Dominance in Hospitals* dans *Health and Canadian Society, Sociological Perspectives*, 2nd Edition, Fitzhenry & Whitlside ed.

166. *Délisle v. Hôpital Général La Salle*, J.E. 89-449 (C.S.) en appel.

167. Voir L.S.S.S., art. 112 al. 2.

168. Le sont-ils vraiment quand ils doivent respecter des règles d'utilisation des ressources sous peine de sanctions?

des coûts pour le centre hospitalier et le maintien d'une qualité de soins pour le médecin, qualité que lui dicte sa formation professionnelle et, c'est un aspect qu'on ne peut plus négliger aujourd'hui, sa responsabilité professionnelle.

Par ce contrôle administratif et budgétaire, le médecin n'est plus libre de traiter comme il le veut. L'autonomie professionnelle du médecin, telle qu'elle a déjà existé, génère trop de coûts en termes de tests, examens, décisions d'hospitaliser. Par des pressions pour augmenter la productivité¹⁶⁹ et des règles de soins et d'utilisation des ressources, le gestionnaire intervient directement dans la prestation de soins médicaux et partant, dans la qualité des soins¹⁷⁰.

Il serait extrêmement regrettable qu'on en vienne à accepter une qualité de soins inférieure à cause de restrictions budgétaires. Tranquillement s'installe la conception que les soins de santé ne doivent être qu'acceptables compte tenu de l'organisation et des ressources des établissements. Verra-t-on un jour un centre hospitalier et un médecin plaider en défense à une action en responsabilité civile force majeure causée par un manque de ressources¹⁷¹?

Or, la responsabilité civile du médecin continue d'être évaluée selon des standards professionnels qui prennent pour acquis une autonomie totale du médecin pour ordonner tests, examens, hospitalisations qu'il estime nécessaires. Force est de reconnaître que le standard professionnel, c'est-à-dire ce qu'un bon médecin prudent, diligent et consciencieux ferait dans les mêmes circonstances, standard qui relève de la pratique médicale, est maintenant fortement conditionné par des impératifs de gestion, de productivité, de contrôle des coûts. Pourtant, on continue d'exiger un haut standard de qualité des soins du médecin. On peut même se demander si le développement prodigieux de la médecine ne fait pas en sorte qu'on est plus exigeant aujourd'hui d'un omnipraticien qu'il y a 30 ans et ce, même s'il ne s'agit toujours que d'apprécier une obligation de moyens¹⁷². Qui plus est, le médecin fait lui-même face à une augmentation du nombre de poursuites en responsabilité professionnelle, à une hausse des primes d'assurance responsabilité et à un élargissement de ses champs de responsabilité¹⁷³, ce qui

169. Voir *Perron v. Hôpital général de la région de l'amiante*, (1979) C.A. 567.

170. *Hospital Liability, Law and Practice*, M.M. Bertolet et L.S. Goldsmith ed., New York, 1987, p. 623.

171. E.H. Morreim, *Cost Constraints as a Malpractice Defense*, (1988) Hastings Center Report 5.

172. J.-L. Baudouin, op. cit., note 110, p. 67.

173. Qu'on songe par exemple au développement de la théorie du consentement éclairé depuis 20 ans.

peut le pousser à faire preuve d'une prudence exagérée et à pratiquer une certaine forme de médecine défensive¹⁷⁴.

Le médecin est donc pris entre deux feux: réduire les coûts ou faire de la bonne médecine. Un véritable cercle vicieux s'installe: les restrictions de ressources humaines et matérielles augmentent les risques d'accidents, d'erreurs, de fautes médicales. Cela provoque plus d'actions en responsabilité professionnelle contre les médecins. Ceux-ci réagissent par une médecine défensive, coûteuse en temps et en ressources. Ce difficile équilibre a eu et continuera d'avoir son lot de victimes tant du côté des patients, victimes d'erreurs, d'accidents, de fautes, que du côté des médecins qui répondront toujours de leur propre faute peu importe le régime de responsabilité choisi alors que la responsabilité civile du centre hospitalier n'est pas automatiquement engagée par la faute du médecin bien que son degré d'intervention dans l'activité de ce dernier augmente sans cesse. On peut donc à juste titre plaider en faveur d'une responsabilité du centre hospitalier pour les fautes de ses médecins, responsabilité allant de pair avec cette intervention accrue dans la prestation de soins médicaux. En définitive, les centres hospitaliers doivent répondre des conséquences des restrictions budgétaires qu'ils imposent aux services. Si on doit maintenir un niveau élevé de qualité de soins alors qu'on coupe dans les services, il faut faire partager le fardeau de la responsabilité civile pouvant découler du manque de ressources autant aux hôpitaux qu'aux médecins. Ou alors, on permet au médecin de s'exonérer quand il pourra faire la preuve que le dommage résulte clairement d'un manque de ressources. Il s'agirait du fait d'un tiers dont il ne répond pas.

Conclusion

On constate que la prestation de soins en milieu hospitalier est soumise à deux tendances: l'efficacité budgétaire et la qualité des soins. D'une part, il y a danger que le budget devienne une fin en soi et l'équilibre, le principal critère de performance¹⁷⁵. D'autre part, le médecin qui a pour mission de fournir au patient les meilleurs services a un rôle de premier plan dans l'utilisation des ressources de

174. C'est-à-dire ordonner tests et examens, ordonner ou prolonger une hospitalisation non médicalement nécessaire mais surtout pour se prémunir contre toute poursuite, ce qui est contraire à l'article 2.03.21 du Code de déontologie des médecins, R.R.Q. 1981, c. M-9, r.4.

175. Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, Les publications du Québec, 1988, p. 182.

l'établissement qui ne sont pas illimitées¹⁷⁶. Des choix déchirants sont à prévoir¹⁷⁷.

Nous soumettons que les règles classiques de la responsabilité civile médico-hospitalière ne suffisent plus à qualifier, décrire et analyser les rapports patient/centre hospitalier/médecin. La notion du lien de préposition doit être actualisée. Le contrat hospitalier doit être élargi à tous les soins dispensés en institution.

Et l'Etat dans tout cela? Pourrait-il être tenu responsable d'un dommage causé à un patient à cause d'un sous-financement de l'établissement? La tentation est forte en effet d'y songer.

Mais cela demeure fort problématique. D'abord, il n'est pas certain que les centres hospitaliers soient les mandataires de la Couronne et ensuite, il est loin d'être évident que le seul sous-financement est la cause du dommage. Même si le centre hospitalier avait bénéficié de plus de ressources financières, rien n'indique que le dommage aurait été évité.

Alors que l'hôpital doit voir à organiser des soins et des services de qualité, il n'est pas libre de faire les dépenses de matériel ou de personnels à sa guise. La marge de manoeuvre est virtuellement inexistante dans ce contexte de coupures budgétaires. Qui plus est, la plus grande partie du budget des hôpitaux, les salaires, sont négociés par l'Etat.

Dans cette perspective, il nous semble que l'on devrait faire de la prestation de soins un service public dont l'Etat assumerait la responsabilité ultime. On devrait délaisser l'approche traditionnelle de la responsabilité civile fondée sur la faute et élaborer un système d'indemnisation sans égard à la faute comme on l'a fait pour les accidents d'automobiles et les accidents du travail. Rien de révolutionnaire quand on songe qu'il existe déjà au Québec un système d'indemnisation des victimes d'immunisation sans égard à la responsabilité de quiconque¹⁷⁸.

Mais il y a loin de la coupe aux lèvres¹⁷⁹.

176. Id., p. 180.

177. La Presse (11-10-89): «Le financement des soins de santé donne lieu à des choix douloureux».

178. Loi sur la protection de la santé publique, L.R.Q. c. P-35, arts 16.1 ss.

179. A ce sujet: J.-L. Baudouin, «Vers l'amélioration d'un système basé sur la faute», (1987) 28 C. de D. 117; aussi du même auteur: «La responsabilité professionnelle médicale: pathologie et thérapie», op. cit., note 110; mais pour une approche dans

ce sens, Etude fédérale-provinciale-territoriale sur les problèmes de la responsabilité et de l'indemnisation dans le secteur des soins de santé (rapport Prichard), 1989. L'avant-projet de loi portant sur la Loi sur les services de santé et les services sociaux, 1989, n'apporte rien de nouveau à cet égard.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE ET LA RARETÉ DES RESSOURCES
EN SOINS DE SANTÉ

Auteur(s) : Georges A. LEGAULT

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : 357-376

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13559>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13559>

Page vide laissée intentionnellement.

LA RESPONSABILITE INDIVIDUELLE ET LA RARETE DES RESSOURCES EN SOINS DE SANTE

par Georges A. LEGAULT*

C'est toujours à l'intérieur d'une forme de rationalité qu'on pose les problèmes de l'allocation des ressources en soins de santé. Dans cet article, il s'agit de distinguer les principales caractéristiques des trois formes de rationalité qui s'affrontent dans les présents débats: la rationalité économique, juridique et éthique. Connaissant ainsi notre rationalité de base, on peut espérer favoriser l'amorce d'un dialogue plutôt que d'activer la confrontation des discours.

Defining a problem and proposing solutions are operations that operationalizes preexisting forms of rationality. The aim of this article is to distinguish three forms of rationality that are usually opposed in the discussions on the allocation of resources in medical affairs: the economical, judicial and ethical rationalities. Knowing our different rationality, we can hope to open a dialogue instead of imposing our discourse.

*, Professeur, Faculté des lettres et sciences humaines, Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

1. Le problème de l'allocation des ressources en soins de
santé 361
2. Quelques solutions à la crise des ressources 365
3. Certaines caractéristiques de la rationalité éthique 372

La question de la rareté des ressources en soins de santé peut être abordée selon deux grandes orientations que l'on retrouve dans l'analyse des phénomènes sociaux, soit l'approche macro-sociale, soit l'approche micro-sociale. Ces approches se distinguent par la délimitation de leur objet: l'un abordant le questionnement du point de vue de l'ensemble des politiques de répartition des ressources dans une société, l'autre du point de vue des problèmes spécifiques engendrés par le phénomène, tant au niveau d'institutions particulières qu'à celui des agents décisionnels. Si nous transposons, comme certains auteurs le font¹, cette distinction dans le domaine de la réflexion éthique, nous obtenons les questions de macro-éthique et les questions de micro-éthique. Dans cette logique, la question de la responsabilité individuelle serait alors du domaine des questions de micro-éthique. Une telle transposition de concepts sociologiques dans le domaine de l'éthique peut s'avérer utile, comme dans le présent colloque, pour distinguer deux objets d'étude. Mais on peut se questionner sur la validité de cette transposition au plan théorique cette fois. Certes, on peut distinguer les questions d'éthique sociale de celles de l'éthique individuelle². On admettra aisément que la légitimité morale d'une législation nationale ou d'un jugement des tribunaux en matière d'avortement se distingue d'un problème individuel et personnel dans une situation douloureuse, comme nous l'a récemment montré le cas de Chantal Daigle³. Mais cette distinction ne recoupe pas celle tracée par la sociologie en parlant du macro-social et du micro-social car la conceptualisation de l'éthique renvoie toujours aux agents décisionnels même lorsqu'il s'agit d'éthique sociale. En partant de cet exemple, j'ai voulu esquisser rapidement le fait que les distinctions que nous faisons à l'aide de concepts précis proviennent de ce qu'on pourrait appeler une théorie de base. Or la même idée, par exemple celle de responsabilité individuelle, aura des significations différentes selon les théories de base qui l'articuleront. C'est pourquoi, j'ai jugé opportun de vous

-
1. Même si certains en doutent, les dilemmes éthiques ont toujours existé (sic) au niveau macro de prise de décision. Les préoccupations éthiques, à cet échelon, considèrent la société globale et non l'individu. L'objectif est un bien-être général à travers la satisfaction de plusieurs besoins particuliers et non le bien-être individuel comme le recherche le niveau micro de prise de décision. On retrouve cette utilisation dans le Dossier thématique, Les problèmes d'éthique de Louise Potvin, Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, p. 12.
 2. Georges A. Legault, La parole du philosophe éthicien est-elle crédible?, à paraître dans *Philosophiques*, 1990.
 3. La situation est certainement pénible et difficile pour elle et nous en sommes conscients. Mais le Tribunal, dans les circonstances présentes ici, ne peut que constater que le droit à la vie de l'enfant qu'elle porte, l'emporte nettement et sans ambiguïté sur les inconvénients que l'intimée pourrait subir éventuellement, Tremblay c. Daigle, C.S. 1989.

présenter, comme une première contribution dans la problématique de la rareté des ressources en soins de santé, une réflexion sur l'idée de responsabilité individuelle car cette idée est au centre du débat, tant dans la formulation du problème de la rareté des ressources que dans sa résolution.

Cette idée ou concept de responsabilité s'articule différemment selon trois types de rationalité qui s'affrontent dans le domaine de la bioéthique. Il s'agit de la rationalité économique, de la rationalité juridique et de la rationalité éthique. Monsieur Guy Rocher dans sa contribution au Colloque sur les méthodes et fondements de la bioéthique, tenu à l'Université Laval l'an dernier, a très bien posé le conflit de ces rationalités en ces termes:

Si les progrès de la technoscience ont provoqué une crise de conscience et favorisé l'émergence de la bioéthique, la rationalité économique pour sa part se pose au contraire comme un important concurrent de la bioéthique⁴. ... le droit semble souvent servir de modèle, d'archétype pour inspirer une normativité éthique. Dans la société moderne, le droit est sans doute l'ordre normatif le plus développé, le plus soigneusement élaboré et entretenu. Et cela d'autant mieux qu'il s'appuie sur toute une profession de juristes: avocats, notaires, juges, qui puisent en retour leur propre pouvoir et leur prestige social dans l'autorité reconnue au droit⁵.

Ces rationalités qui s'affrontent dans la résolution des problèmes en bioéthique, comme celui qui nous intéresse aujourd'hui: l'allocation des ressources en soins de santé, recourent toutes à l'idée de responsabilité individuelle mais ce concept reçoit une signification particulière selon le type de rationalité. En cherchant à clarifier ce concept, nous pourrions au moins nous donner des idées plus précises qui nous

4. Guy Rocher, La bioéthique comme processus de régulation sociale: le point de vue de la sociologie, Bioéthique, Méthodes et Fondements, Les Cahiers scientifiques no 66, ACFAS, Montréal, 1989, p. 57.

5. Ibid., p. 61.

permettront collectivement de trouver des solutions adéquates aux problèmes posés.

La distinction établie par Guy Rocher des trois types de rationalité est éclairante parce qu'elle permet de faire voir que les différents discours qui s'affrontent dans une société sur une question donnée ne posent pas le problème de la même façon et, par conséquent, n'aboutissent pas à la même réponse. Et si nous pouvons globalement distinguer l'approche économique par l'aspect dominant de son discours qu'est le thème de la rentabilité, celle du droit par le biais du respect du droit existant, il est plus difficile de caractériser la rationalité éthique⁶. Cela s'explique du fait que les rationalités en cause ou théories de base, comme je les ai nommées antérieurement, ne sont souvent jamais clairement définies ou présentées dans des conceptions systématiques. C'est pourquoi nous nous heurtons à une difficulté lorsque nous voulons comprendre davantage le sens spécifique de la responsabilité individuelle dans chacune des rationalités puisque nous ne possédons pas de critères bien définis pour identifier chacune d'entre elles.

Puisque nous voulons clarifier le concept de la responsabilité individuelle, nous vous proposons alors de partir de l'analyse d'un certain nombre de facteurs qui permettent de dire que la rareté des ressources en soins de santé, pose un problème pour clarifier graduellement les différentes idées que l'on peut se faire de la responsabilité individuelle et, en même temps, caractériser davantage la rationalité de base économique qui la définit. Nous pourrions procéder dans un second temps à l'analyse de certains nombres de solutions apportées, utilisant le concept de responsabilité afin de mieux comprendre certains éléments de la rationalité juridique, et en dernier nous pourrions dégager certaines caractéristiques spécifiques de la rationalité éthique.

1. Le problème de l'allocation des ressources en soins de santé

L'allocation des ressources en soins de santé est une question spécifique qui relève du problème général de l'allocation des ressources publiques dans les différents domaines où l'État intervient dans une société. La question de l'allocation des ressources publiques se pose et se résout depuis toujours dans toute société selon l'élaboration des politiques étatiques d'intervention de l'État. A

6. Il s'agit bien ici de considérer l'éthique comme une forme de la rationalité humaine visant à justifier rationnellement une prise de position. Il ne faut pas confondre toute la rationalité éthique avec la forme dogmatique que le Québec a connue.

première vue, la question de l'allocation des ressources en soins de santé est une question d'établissement des priorités gouvernementales qui apparaissent lors de l'élaboration des budgets et des politiques. Ces questions touchant l'aspect de la redistribution des fonds publics selon des priorités relèvent ainsi du champ de la politique au sens habituel du terme, des décisions gouvernementales mais aussi du champ de la politique au sens aristotélicien du terme qui inclue les questions morales de la justice distributive. Les questions éthiques de justice distributive se sont donc toujours posées comme questions d'éthique sociale dans toute société mais depuis longtemps on a résolu les problèmes de budget sans faire appel à des conceptions explicites d'éthique sociale. C'est pourquoi on peut se demander, non sans raison, qu'est-ce qui a changé pour que ces questions morales reviennent à l'ordre du jour?

Il serait téméraire de prétendre répondre adéquatement à une telle question, par contre on peut esquisser quelques hypothèses sur des facteurs qui entrent en jeu dans ce requestionnement éthique. Les facteurs que je tiens à préciser relèvent tous d'une racine commune que je qualifie ainsi: la perte de confiance dans les gouvernants. Tant qu'une société met sa confiance dans les gouvernants qui administrent les deniers publics, elle peut critiquer l'opportunité d'une décision, la sagesse d'une autre mais ces débats n'affecteront jamais le coeur même de la crédibilité accordée aux gouvernants. Mais à partir du moment qu'une collectivité se met à soupçonner l'utilisation du pouvoir des gouvernants, les questions de la saine administration publique se posent autrement. Les priorités gouvernementales doivent être légitimées et l'administration publique doit rendre compte explicitement de l'utilisation des fonds publics⁷. La rationalité économique devient ainsi l'instrument privilégié de légitimation des gestes posés pour les pouvoirs publics. Lorsqu'on rend compte de nos placements, on n'argumente pas de la même façon que lorsqu'on explique pourquoi on accorde plus d'importance à tel secteur plutôt qu'un autre dans la distribution des ressources publiques. La rationalité économique détermine la saine administration principalement en termes de rentabilité. Cette rentabilité peut être envisagée d'une part, du point de vue de l'analyse de la productivité réelle engendrée par l'investissement des ressources. On cherchera alors à déterminer ce que les sommes investies ont effectivement produit. On pourra aussi s'interroger sur ce qui est advenu des sommes en causes en précisant à

7. L'injection de fonds publics dans la médecine, notamment dans les centres hospitaliers de diverses natures et dans les facultés de médecine, obligeait à rendre compte de la gestion de ces fonds devant la société, c'est-à-dire devant les parlementaires et aussi devant les médias d'information. Guy Rocher, Id., p. 57.

quel endroit les sommes ont été dépensées et pour quels services. L'analyse ici tente de démontrer s'il y a eu une mauvaise destination des fonds publics. Dans la mesure où on peut établir que les sommes ont toutes été utilisées pour financer les services requis et que ces services ont été normalement productifs, on a rendu compte de notre saine administration. Mais si on peut montrer que des sommes ont été utilisées à d'autres fins ou que la productivité du secteur dans lequel on a investi est moins que ce à quoi on pourrait s'attendre, alors on peut légitimer les modifications à apporter. Pour caractériser davantage la rationalité économique, on pourrait avancer qu'elle s'interroge sur le moyen (investissement) en tant que moyen (pour savoir si toutes les sommes ont été réellement utilisées comme moyen pour atteindre la fin visée, les services) et dans sa relation de moyen en vue d'une fin (la productivité). La rationalité économique ne pose pas la question du choix des fins alors que cette question de la priorité à accorder à telle fin plutôt qu'à une autre est au centre du questionnement sur la justice distributive en éthique.

Mais la rationalité économique est aussi appelée à légitimer les décisions politiques à un autre niveau. En interrogeant cette fois le phénomène de taxation, on arrive à situer une limite qu'on dénomme la «capacité de payer». C'est à partir du moment que l'analyse se porte sur les limites de la taxation comme moyen d'assurer les sommes nécessaires aux différents projets de société que le manque de ressources se métamorphose en problème de rareté des ressources. Le manque de ressources est un phénomène neutre comparativement à l'affirmation d'une rareté des ressources. Dans le second cas, on soutient que ces ressources sont limitées et qu'on ne peut pas espérer plus que ce dont nous disposons. La rareté est considérée ici comme un fait ultime, incontournable, à partir duquel on doit prendre des décisions concrètes. La rareté agit ici comme le destin, on doit agir en l'acceptant. Certes on peut questionner s'il y a ou non rareté du produit, mais dans la rationalité économique, on démontrera de façon claire que la «capacité de payer» des citoyens est une limite économique qui s'impose dans un système économique donné⁸.

Il existe une autre caractéristique propre à l'utilisation de la rationalité économique dans la légitimation des décisions politiques,

8. On retrouve dans le Document de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, *Quelques pistes de réflexion*, Québec, 1987, le problème prioritaire du financement formulé en ces termes: le niveau de financement du système par rapport à ce qui se pratique dans les autres provinces et les autres pays et par rapport à d'autres secteurs d'activités et d'autres missions gouvernementales; également le niveau respectif de financement des différentes composantes du système des services de santé et des services sociaux, p. 16.

c'est la notion de crise⁹ qui renvoie à celle de limite des ressources. Il y a crise à partir du moment qu'il existe des demandes pour augmenter les ressources qui sont limitées. Ne pouvant augmenter les ressources, les demandes doivent être écartées. Cet argument est utilisé, par exemple, pour contrecarrer les demandes d'augmentation salariale dans le secteur public. Mais la crise se manifeste aussi autrement. Par exemple, lorsque le contexte de la demande qui a vu naître une politique change considérablement ou encore lorsque les coûts rattachés à des services augmentent de façon astronomique. Dans ces deux cas, la crise de productivité se développe à l'intérieur même d'une enveloppe budgétaire. Plus que la crise se manifeste, plus urgente apparaît la solution. Et comme le souligne Guy Rocher dans l'article précité: L'urgence de la prise de décision, le temps trop court disponible servent à rendre encore plus «raisonnable» la mise au rancart de la démarche nécessairement longue et laborieuse de la réflexion éthique¹⁰. L'état d'urgence ainsi évoqué légitime à son tour le recours aux modifications qui peuvent s'effectuer rapidement afin de contrôler la crise. Ces variables seront identifiées grâce à l'analyse de la productivité. Dans la mesure où on aura pointé du doigt un certain nombre de facteurs responsables de la crise, facteurs sur lesquels nous pouvons agir rapidement pour la contrôler, alors la rationalité économique légitimera les interventions qui seront effectuées.

La présente analyse ne nous indique pas encore pourquoi ces questions qui peuvent avoir une réponse dans la rationalité économique deviennent l'objet de réflexion éthique, principalement dans le champ de la bioéthique. Pourquoi repose-t-on les questions éthiques? La réponse à cette question apparaît dans les facteurs retenus comme responsables de la crise sur lesquels nous pouvons agir rapidement. Retenons à titre d'illustration les facteurs suivants, responsables de l'augmentation des coûts dans les soins de santé:

- les coûts imposants pour le support technique afin de traiter certaines maladies
- l'augmentation de la demande de services résultant de la facilité d'accès aux soins de la santé et de l'évolution des besoins.

9. G.A. Legault, L'Université et la crise comptable, *Philosophiques*, Vol. IX, no 2, oct. 82.

10. Id., p. 58.

- l'augmentation de la demande de services résultant des découvertes de nouvelles maladies et de nouveaux traitements pour des maladies incurables¹¹.

C'est dans le mesure où la rationalité économique vient proposer des solutions qui touchent à des principes ou valeurs qui sont inscrites dans nos législations que se reposent concrètement les questions éthiques. En procédant ainsi à une brève analyse de quelques solutions proposées, nous serons mieux en mesure d'évaluer comment la rationalité économique et la rationalité juridique s'interpellent avec la rationalité éthique dans le contexte contemporain.

2. Quelques solutions à la crise des ressources

Les nombreux documents qui ont été produits par la Commission d'enquêtes sur les services sociaux du Québec, nommée Commission Rochon, montrent clairement comment les trois formes de rationalité: économique, juridique et éthique s'interpénètrent dans la réflexion globale sur les soins de santé. La rationalité économique met ainsi en évidence les facteurs sur lesquels la réglementation juridique devra se prononcer afin de subjuguer la crise. Ces facteurs les plus facilement identifiables dans l'analyse économique seront ceux qu'on considérera comme «responsables» de la situation sans pour autant qu'ils soient les seuls ou les facteurs les plus responsables de la situation. Évidemment, s'il y a crise c'est que la demande de services a augmenté. Plusieurs facteurs influencent cette augmentation, mais lorsqu'on propose soit la privatisation de certains soins ou l'idée d'un ticket modérateur comme palliatif, on cherche à limiter l'usage des services financés par l'État. Le ticket modérateur est souvent présenté comme un moyen de limiter ce qu'on considère être des abus, de la mauvaise ou surutilisation des services. La privatisation de certains services apparaît comme une façon de limiter la demande des services sociaux compte tenu de l'extension que prend le concept de santé avec le temps.

Cependant, dès qu'on propose des solutions de cette nature, on voit apparaître de vives réactions car ces solutions semblent s'opposer à des principes déjà établis dans les soins de santé au Québec:

11. Voir par exemple la Synthèse critique de Fernand A. Roberge, *La prospective technologique dans le domaine de la santé. Programme de recherche. Recueil des résumés*, pp. 523-531, Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, 1987.

l'universalité, l'accessibilité et la gratuité¹². C'est dans la mesure où le droit est appelé à réviser à l'intérieur de l'enveloppe budgétaire limitée par la capacité de payer, la distribution des services, que la politique est confrontée explicitement à formuler les principes de sa justice distributive dans le domaine. Dans le contexte de l'enveloppe budgétaire limitée et face à l'augmentation de la demande résultant des besoins de santé, il est difficile de ne pas percevoir un réaménagement de la demande sans y voir un recul face aux principes et surtout aux idéaux qu'ils présentaient. C'est ici que le problème éthique du rôle qu'a l'État d'assurer des choix de société devient incontournable.

La rationalité éthique apparaît nécessaire parce que certains principes reconnus comme fondamentaux dans notre droit semblent menacés. Cette affirmation se confirme dans le rôle que jouent et joueront dans l'avenir les chartes des droits fondamentaux. Dans un document préparé pour la Commission Rochon, par Andrée Lajoie et Anik Trudel, les auteurs soutiennent, après avoir donné plusieurs exemples du même ordre:

Au surplus, même l'accès aux centres hospitaliers pour soins de courte durée, s'il reste exigible, devient plus précaire. Les critères que ces établissements doivent dorénavant se donner, plus repérables bien qu'adoptés dans une plus grande discrétion, ont aussi un effet sur le libre choix que peut exercer le bénéficiaire quant à l'établissement et aux professionnels. Quels que soient les critères d'admission, s'ils restreignent l'accès aux services, il ne sont pas conformes aux chartes¹³.

-
12. Les usagers et les organismes communautaires ont manifesté leur inquiétude face aux enjeux sous-jacents aux débats entourant la privatisation des services de santé et des services sociaux. Celle-ci est le plus souvent perçue comme le reflet d'une volonté de désengagement de l'État québécois, celui-ci se déclarant incapable d'assumer plus longtemps l'ensemble des coûts engendrés par le système actuel. Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, *Problématiques et enjeux*, Québec, 1987, p. 17.
13. Andrée Lajoie, Anik Trudel, *Le droit aux services, évolution 1981-1987*, Programme de recherche, Recueil des résumés, p. 258.

Dans le même ordre d'idées, il ne faut pas oublier que la preuve du manque d'accessibilité aux services prévus par l'ancien article 251 du Code pénal a été invoqué avec succès dans la cause Morgentaler.

C'est parce que les droits fondamentaux sont plus que de simples principes d'une politique gouvernementale, surtout depuis l'enchâssement dans la Constitution canadienne de la Charte des droits et libertés, que la rationalité juridique fait appel à la rationalité éthique. Les tribunaux sont ainsi appelés à élaborer, graduellement et cas par cas, le fragile équilibre entre les droits fondamentaux et les intérêts de la collectivité dans une société libre et démocratique¹⁴. Cette nouvelle fonction judiciaire¹⁵ ne peut s'exercer sans faire l'évaluation des finalités de l'État, de la priorité des choix et de la justification de ces choix. Or cette évaluation est le propre de la réflexion éthique telle que nous l'avons tracé ci-dessus car elle s'adresse directement aux fins poursuivies.

Il ne faudrait pas se méprendre et penser que la rationalité juridique et la rationalité éthique se confondent sur ces questions. La rationalité juridique, telle qu'elle s'articule dans notre droit canadien et québécois, possèdent ses propres caractéristiques. D'ailleurs, il ne faut pas oublier, l'influence de la pensée positiviste anglo-saxonne sur notre conception du droit et de ses rapports à la morale¹⁶. Cette influence se traduit souvent par l'expression: le droit ne doit pas imposer une morale. En ce sens la Commission de réforme du droit soutient:

Or dans une société comme la nôtre, où
l'on accorde un prix élevé à la liberté
de conscience et à l'autonomie
individuelle, il faut manifestement
éviter que l'État impose un point de vue
moral, si défendable soit-il, aux
personnes qui épousent en toute

14. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Article 1.

15. G.A. Legault, La fonction éthique des juges de la Cour Suprême du Canada, *Ethica*, vol. 1, no 1, janvier 1989.

16. Sur la philosophie positiviste du droit et plus particulièrement la pensée de Hans Kelsen qui a inspiré le mouvement, on peut se référer à: Georges A. Legault, *La structure performative du langage juridique*, Montréal, P.U.M., 1977.

sincérité une conception différente
mais du reste parfaitement légitime¹⁷.

C'est dans la mesure où le droit se présente comme une rationalité différente de la morale que la spécificité de la rationalité juridique apparaît.

Afin d'élaborer une loi sur l'avortement compatible avec les chartes des droits fondamentaux, la Commission de réforme du droit se voit confrontée à préciser comment l'avortement volontaire d'un fœtus peut être considéré comme une infraction pénale au Canada. La Commission est aux prises avec deux difficultés particulières; l'importance accordée à la liberté individuelle comme valeur centrale dans la rationalité juridique telle qu'elle s'élabore dans notre droit et le refus d'imposer toute forme de représentation du fœtus qu'elle associe à la morale¹⁸. Dans l'analyse sur la possibilité de faire une infraction de l'avortement volontaire, la Commission doit établir en quoi une femme, qui consent à se faire avorter, crée-t-elle un préjudice grave car le premier principe de la politique du droit pénal retenu par la Commission pose que l'action doit créer un préjudice grave à autrui. Quel est cet autrui qu'est le fœtus? Et s'il s'agit d'un autre, doit-on lui reconnaître sa liberté individuelle? Mais comment trancher cette question d'autrui sans faire appel à une représentation du fœtus que la Commission refuse d'imposer au nom des droits fondamentaux de la liberté de croyance et de religion? La rationalité juridique dans la mesure qu'elle s'est affirmée en retrait de la morale traditionnelle en séparant l'interrogation de la justice de celle du droit, se voit contrainte de justifier sa conception du droit à partir du point de vue des libertés individuelles. Comment est-il possible alors de concilier des libertés individuelles et des projets collectifs qui nécessitent un renoncement à des libertés individuelles? Autrement dit, comment est-il possible de parler de projets collectifs sans faire appel à l'éthique sociale?

17. Commission de réforme du droit, Les crimes contre le fœtus, Document de travail 58, Canada, 1989, p. 13.

18. Un groupe de personnes retient telle ligne de démarcation, pour des motifs d'ordre religieux par exemple, un deuxième en choisit une autre pour des raisons d'ordre scientifique et un troisième en retient une dernière en se fondant sur ce qui, à ses yeux, caractérise le genre humain. Tous ces points de vue sont sincères, logiques, et s'accordent avec les principes fondamentaux de notre société. Ils sont pourtant irréconciliables dans une large mesure, parce qu'ils reposent sur des définitions différentes de la personne et de sa place dans la nature, Commission de réforme du droit, op. cit., p. 13.

La rationalité juridique rejoint la rationalité économique puisqu'elle ne peut élaborer d'elle-même une réponse au niveau des questions de justice distributive. En tant que force normative des sociétés modernes, le droit est appelé à participer à la mise en oeuvre des solutions en matière d'allocation des ressources en tranchant sur le caractère licite des gestes posés. C'est à ce niveau que les solutions envisagées dans la rationalité économique s'implanteront au plan juridique. Dans l'exemple que nous avons utilisé jusqu'à présent, il est question de l'augmentation de la demande de services et de la responsabilité des individus dans cette augmentation. La rationalité économique propose de limiter cette augmentation par divers moyens. Si l'imposition d'un ticket modérateur et la privatisation de certains services sont quelques moyens pour atteindre ces objectifs, il ne faut pas oublier les nombreuses autres hypothèses qui s'élaborent en ce sens. On ne cesse pas d'établir des liens entre les habitudes alimentaires et de comportement et l'état de santé physique ou mentale. Ne pourrait-on pas rendre chaque personne responsable de son état général de santé et penser ainsi que l'État ne finance que les coûts des maladies qui ne sont pas attribuables à la responsabilité de la personne? Pourquoi un fumeur invétéré qui ne fait aucun exercice aurait-il droit à des transplantations cardiaques ou autres traitements coûteux alors qu'il se met lui-même, au nom de sa liberté, dans cette situation? De plus, sachant quels sont les coûts de santé des personnes âgées, pourquoi ne pas obtenir un consentement écrit à l'effet qu'elles acceptent de ne pas se faire réanimer advenant un arrêt cardiaque? Or, toutes les solutions de ce genre prennent sens dans l'horizon du contrôle de certaines variables sur lesquelles nous pouvons jouer afin de limiter l'effet de la crise des ressources et ne peuvent être envisagées qu'avec le retour du concept de la responsabilité individuelle de ses gestes et de ses croyances. Or, cette responsabilité s'actualise en droit par le biais du consentement. Dans la mesure où le consentement s'avère être l'enjeu principal des solutions à venir, la rationalité juridique se voit interpellée à préciser ce qu'est un consentement valide du point de vue juridique compte tenu des nouveaux enjeux engendrés par la technologie.

Le développement de la technologie a pour principal effet de libérer partiellement l'humain d'un certain nombre de contraintes naturelles et inéluctables. Les limites naturelles, qui étaient jadis incontournables, avaient pour effet de restreindre les choix sur les questions de vie ou de mort. La technologie a ainsi permis de repousser ces frontières et elle a inséré, dans la sphère de la décision humaine, des choix sur la conception de la vie et sur son terme, la mort. Ce qui dépendait de contraintes externes relève maintenant de la liberté humaine. Non seulement les décisions sont-elles très difficiles à

prendre, (par exemple, utiliser les nouvelles techniques de reproduction, avorter, garder en vie un enfant prématuré en sachant de quels soins il aura besoin dans le futur, cesser les traitements, accepter une transplantation, l'euthanasie) mais elles ne peuvent pas être admises dans une société sans que cette dernière ne se prononce sur ce que sont la vie et la mort¹⁹. Tout ensemble de législation sur le sujet exige ainsi qu'on se représente collectivement la vie²⁰ et la mort²¹.

Mais en ayant ainsi augmenté non seulement le nombre mais aussi la portée de nos décisions, la technologie remet dans nos mains des pouvoirs qui jadis appartenaient à la nature. La décision humaine et la qualité des délibérations qui la guident deviennent ainsi au centre de la problématique engendrée par le développement technologique à laquelle appartient le problème de l'allocation des ressources. Tout le monde ne peut pas bénéficier de tous ces progrès de la technologie parce que les ressources sont limitées. Comment décider qui y aura accès et pourquoi? Qui portera le poids de ces décisions?

Ainsi que nous l'avons mentionné précédemment, la rationalité juridique aura recours au seul consentement des individus concernés pour légitimer l'ensemble des comportements les concernant. Mais cette solution apparaît insatisfaisante à deux niveaux. D'abord, si on renvoie à la liberté individuelle, nous risquons d'être en conflit puisqu'il y a une limite des ressources, à moins de privatiser un certain nombre de services, ce qui serait de remettre à la liberté de l'individu son choix de priorité. Mais cela ne touche qu'une partie de l'ensemble des décisions. Plusieurs décisions sont d'ordre institutionnel ou renvoient à des éléments concernant la collectivité. Ensuite, ce renvoi à la liberté, exercé par le consentement, n'est pas aussi simple car dans des matières aussi complexes et aussi décisives, comment pourrions-nous vérifier si les personnes ont exercé un consentement éclairé? Le cas de l'utilisation des drogues dans les sports, malgré la

19. Doit-on s'étonner de voir au même moment des recherches qui se font sur les thématiques de la bioéthique, alors qu'on en élabore d'autres sur le mourir au Québec et sur le suicide? Ceci témoigne à mon avis du besoin d'une réflexion globale sur la vie et la mort afin de situer notre liberté humaine et notre quête scientifique dans le domaine. *Bioéthique, Méthodes et Fondements*, p. 217 ss.

20. Sur cette question de la nécessité du droit de se représenter la vie, on peut lire dans les actes du colloque *Bioéthique Méthodes et Fondements* ma contribution à l'atelier qui portait sur: Les réponses du droit à la bioéthique: une entreprise de légitimation, intitulée «Droit et bioéthique: l'inscription du sens», p. 97.

21. Louise Potvin reprend à son compte dans son texte de problématique sur Les problèmes éthiques, la notion de choix tragique que David Roy a présenté dans son document de recherche sur *Innovation illimitée et ressources limitées*. Cette notion renvoie essentiellement au choix des personnes qui devront souffrir et mourir.

connaissance des effets secondaires engendrés par de telles pratiques, illustre bien la complexité du consentement humain.

Il ne faut pas oublier ce qui motive en arrière-plan ce recours au consentement. Une personne qui a donné son consentement ne peut plus reprocher aux personnes ou à l'institution les gestes qu'elles posent à partir de ce dernier. Dans la rationalité juridique, le consentement ne se comprend qu'en regard de la notion de dommages-intérêts qui est la compensation des conséquences d'un geste qui n'a pas respecté le contrat initial, contrat de services ou contrat hospitalier.

Différents auteurs ont déjà souligné comment l'influence des poursuites juridiques aux Etats-Unis crée une crainte chez les professionnels de même que chez les administrateurs de nos institutions relativement à d'éventuelles poursuites. Ces craintes provoquent une médecine défensive, où le médecin et l'institution éviteront des plaintes potentielles en ayant recours à des moyens de diagnostic coûteux. Cette pratique s'accroît compte tenu que la population, étant au courant de certaines nouvelles formes de diagnostic, exige de passer un examen spécifique que le médecin ne peut refuser dans les circonstances sans se rendre vulnérable aux critiques futures.

C'est dans des exemples de cette sorte qu'on peut mesurer la différence entre la rationalité éthique et la rationalité juridique. Certes, au niveau de la déontologie, le médecin ne devrait pas prescrire des traitements ou des moyens de diagnostic qu'il ne juge pas nécessaires compte tenu de son expertise médicale. Mais s'il agit ainsi et qu'effectivement dans un cas, on découvre après coup une autre maladie qui aurait pu être diagnostiquée à temps si le médecin avait procédé à une vérification plus exhaustive en utilisant ce moyen qui n'apparaissait pas nécessaire alors, on peut se demander comment le tribunal va juger le médecin?

La rationalité éthique ne procède pas à partir d'un concept de faute, de culpabilité qui est intégré dans la notion de responsabilité civile, c'est pourquoi elle ne s'organise pas autour de la punition. La rationalité éthique mise plus sur le sens à donner à l'agir humain que sur la punition comme source de motivation. Quand la punition devient l'élément qui risque d'agir dans le rapport entre deux personnes, on n'a pas à se surprendre que la personne susceptible d'être poursuivie agisse en conséquence. C'est ainsi que la rationalité juridique elle-même devient un facteur de l'augmentation de l'utilisation des services coûteux en soins de santé.

3. Certaines caractéristiques de la rationalité éthique

La démarche éthique, qui fait partie de celle de la philosophie, (et mes propos sur notre thème illustrent ce phénomène) traite du sujet mais d'une manière particulière puisqu'elle ne se concentre pas directement sur la solution à apporter. La réflexion éthique n'obéit pas à la prescription de l'urgence qu'impose dès le point de départ la rationalité économique. Ce n'est pas que la rationalité éthique suppose qu'il n'est pas pressant de résoudre ces questions, elle affirme que la réflexion ne peut pas se limiter au problème tel que posé par la rationalité économique qui allègue l'urgence comme moyen d'argumentation en vue d'imposer sa solution.

La démarche éthique paraît effectivement longue et laborieuse car elle porte, comme nous l'avons déjà indiqué, sur la problématique dans son ensemble. La démarche éthique étant globale, elle pose à la fois la question sur le choix des fins, le choix des moyens et sur la légitimité du rapport entre les moyens adoptés et les fins qui y sont préfigurées. Dans cette perspective, la rationalité éthique ne peut ni partir de la distinction entre les questions macro-éthique et micro-éthique telles qu'elles apparaissent à l'intérieur de la rationalité économique²², ni admettre la distinction radicale que la rationalité juridique établit entre le privé (liberté de croyance et de religion) et le public. Certes, la rationalité éthique, telle que je la formule, admet une distinction entre la dimension individuelle de l'éthique et l'éthique sociale, mais cette distinction ne recoupe pas celle posée par la rationalité économique et juridique. Le cœur de la problématique en éthique sociale s'avère être le rapport des individus et des projets collectifs. Quelle place l'État fait-elle aux projets impliquant l'ensemble de la collectivité et les plus démunis de ses membres en imposant une limite à la liberté d'agir ou de propriété? Autrement dit, la rationalité éthique exige que soit clarifié l'horizon de sens que constitue le projet de société auquel renvoient les différentes législations.

Cela ne veut pas dire qu'il faille attendre qu'un tel projet soit élaboré une fois pour toutes et faire l'objet d'un accord politique par voie d'élection ou de référendum pour qu'on puisse répondre à la rationalité éthique. Effectivement, une société pluraliste comme la nôtre aura de la difficulté à établir clairement une telle politique globale. Cependant il ne faut pas en conclure pour autant que la question des fins n'est pas pertinente et que le projet de société ne fait

22. Cf. Louise Potvin, *op. cit.*, p. 19-20.

pas partie du débat. On oublie souvent que nous sommes déjà dans un projet de société et que ce projet est constamment remis en cause à partir des transformations sociales, économiques, technologiques et culturelles. Le cas de la rareté des ressources en soins de santé est un exemple parmi d'autres de ces occasions où le rôle de l'Etat doit être redéfini. C'est à l'intérieur de ces situations concrètes que peut s'élaborer et s'articuler un projet de société.

Certains pensent peut-être qu'il est possible de choisir des moyens sans faire le débat sur les fins poursuivies. Ce mode d'approche typique du modèle économique est quelquefois utilisé dans la rationalité juridique pour éviter des débats épineux²³. Mais on oublie alors qu'un moyen est toujours rattaché à sa finalité et qu'il transporte avec lui des préjugés²⁴ quant aux valeurs visées et à la représentation qu'on se fait de l'humain dans le projet de société. C'est pourquoi la rationalité éthique questionnera le choix implicite de valeur et de représentation de l'humain afin de rendre explicite l'ensemble de la question.

La rationalité éthique se distingue de la rationalité économique et juridique d'un autre aspect, car elle met en avant-scène le sujet humain. Les deux autres formes de rationalité minimisent l'importance de la subjectivité soit en considérant les individus comme des variables d'une donnée économique, soit en considérant que les motifs sont du domaine privé alors que le consentement donné est seul pertinent au domaine public. L'importance accordée au sujet humain se traduit par l'emphasis mise sur la responsabilité humaine. La responsabilité humaine en éthique ne doit pas se confondre avec la responsabilité juridique qui est déterminée par des lois expresses et gouvernées par la punition. La responsabilité humaine en éthique est celle de la chaîne de responsabilités à l'intérieur même du tissu social.

Or, cette chaîne des responsabilités humaines apparaît clairement en jeu dans le problème des allocations des ressources qui

23. La proposition de la Commission de réforme du droit sur la question de l'avortement est un exemple de la fonction qu'occupe l'argument d'utilité dans la rationalité juridique.

24. La notion de «préjugé» est assez péjorative dans notre vocabulaire ordinaire. Ceci constitue un héritage de l'idéal de la pensée critique qui espérait dénoncer les croyances omniprésentes et non-contrôlées par la pensée rationnelle. Le terme est employé ici dans un sens non péjoratif, on pourrait dire «pré-jugement». Il s'agit en effet des jugements qui sont implicites dans toute prise de position et qui n'ont pas fait l'objet d'une analyse systématique. Les préjugés définis ainsi jouent un rôle important dans la culture et la transmission des savoirs et des savoir-faire. Cf. H.G. Gadamer, *Vérité et méthode*, Paris, P.U.F., 1976, p. 115 ss.

nous préoccupe aujourd'hui. Différents documents de la Commission Rochon ont signalé des critiques relativement aux comportements des certaines personnes. On reproche, par exemple, aux bénéficiaires d'abuser du service gratuit en fréquentant pour rien les salles d'urgence ou en passant par plusieurs médecins parce qu'on est insatisfait du premier diagnostic. On reproche aux médecins le fait de surutiliser les instruments de diagnostic ou de prescrire des médicaments inutilement. On reproche aux chercheurs d'être au service des compagnies privées pour promouvoir avant tout le développement technologique sous le prétexte de la santé publique. On craint aussi que les recherches dans des domaines de la génétique ne produisent des effets dangereux pour l'humanité, tout cela au profit de leur gloire personnelle. Enfin, devant tous ces problèmes, on reproche l'inaction des gouvernements. Or, tous ces reproches renvoient au même constat; les individus et les personnes ayant des rôles sociaux ne prennent pas ces décisions en tenant compte de l'ensemble des conséquences de leurs gestes sur les autres personnes. La rareté des ressources serait-elle ce qu'elle est si toutes les personnes impliquées avaient agi en tenant compte de la dimension intersubjective de leurs gestes?

En abordant l'étude des questions de la bioéthique d'un point de vue de la rationalité éthique, on est dès lors conduit à la source même de la demande d'une éthique pour aujourd'hui. L'humain, grâce au prodigieux développement des connaissances et de la technologie qui en résulte, a repoussé les frontières de son ignorance de la nature et des comportements humains. Avec cet accroissement des connaissances, il a perdu sa naïveté et sa crédulité. Si, avec l'accroissement de la technologie, il a gagné du pouvoir sur les limites naturelles et s'est libéré de certaines contraintes naturelles, il a par contre augmenté sa dépendance envers les autres, envers ceux et celles qui créent, opèrent, réparent ces instruments et dont sa vie dépend. Or, comment peut-on concilier la perte de sa crédulité et la conscience du pouvoir que les autres ont sur nos vies? Comment s'assurer que la décision que je prends est la meilleure, pour moi et ceux et celles qui sont impliquées par ma décision? C'est ici que la rationalité éthique renvoie à la dimension altruiste de la décision morale. La demande pour la rationalité éthique apparaît ainsi comme une réponse aux effets engendrés par la méfiance face à l'autre, face au pouvoir réel que ces décisions peuvent avoir sur nos vies. Ainsi, plus que les liens de dépendance se tisseront avec le développement technologique, plus l'humain aura besoin d'être sécurisé non plus dans sa relation avec la Nature mais dans sa relation à l'Autre.

Conclusion

Pour élaborer des solutions concrètes aux problèmes de la rareté des ressources en soins de santé, on peut faire appel, ainsi que nous avons tenté de le montrer, à l'une ou l'autre des trois types de rationalité: économique, juridique et éthique. La rationalité économique apparaît comme celle devant trouver une réponse claire et acceptable par tous à un problème de rentabilité et d'efficacité: à l'intérieur d'une situation de crise économique, elle peut ainsi indiquer les variables «responsables» entendues ici comme les variables sur lesquelles il est possible de travailler afin de faire des modifications. Les moyens d'action résultant de l'analyse économique viennent en opposition, du moins à première vue, avec des principes de justice distributive déjà admis dans notre société ou des droits fondamentaux visant à protéger les individus. La rationalité juridique est appelée à trancher entre des intérêts individuels et des intérêts collectifs dans un système où la liberté individuelle limite beaucoup les projets collectifs. C'est donc à partir du rôle du consentement que la rationalité juridique pourra légitimer certaines pratiques qui pourraient nuire à l'individu. La rationalité éthique est appelée ainsi à participer au débat parce que le problème soulevé ne peut pas se régler seulement à partir du consentement et de la liberté individuelle. Les choix en cause impliquent un projet de société et une qualité de vie sociale. Le droit ne peut à lui seul insuffler des pratiques sociales. La rationalité éthique, en proposant de dialoguer sur les fins sociales et sur les moyens dans le contexte présent et pressant, cherche à recentrer le débat sur nos rapports intersubjectifs et sur cette dépendance accrue qui, dans les faits, nous situe devant notre illusion de liberté.

Ces trois formes de rationalité traversent les débats en bioéthique notamment dans une question comme celle de l'allocation des ressources en soins de santé. Dans la mesure où l'une sera prépondérante pour poser le problème à résoudre, les deux autres formes de rationalité graviteront autour de la première puisqu'elles s'opposent sur plusieurs points. Mais chacune d'elle fait intervenir la notion de responsabilité dans le cadre de sa rationalité propre.

Compte tenu que la rareté des ressources en soins de santé constitue un des problèmes soulevés dans le vaste champ de la bioéthique, il m'est apparu important dans un premier temps de proposer une réflexion d'ensemble sur les trois types de rationalité qui sont et seront à l'oeuvre dans nos discours sociaux sur ces questions. Dans la mesure où chacun peut rendre explicite le type de rationalité qui gouverne son propre discours, il sera peut-être possible d'envisager

des débats plus sereins et plus approfondis de ces questions majeures pour notre collectivité.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA RELATION MÉDECIN-PATIENT ET LES DÉCISIONS DE TRAITEMENT

Auteur(s) : Suzanne NOOTENS

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : 377-393

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13560>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13560>

Page vide laissée intentionnellement.

LA RELATION MEDECIN-PATIENT ET LES DECISIONS DE TRAITEMENT

par Suzanne NOOTENS*

Dans un contexte de ressources limitées, de fortes pressions s'exercent sur le corps médical. Lui faut-il renier sa tradition de dévouement au patient, tradition consacrée par le code de déontologie, pour donner désormais préséance à l'intérêt public, en l'occurrence la réduction des coûts de la santé? Quels impacts aurait cette approche utilitariste sur l'exercice de la médecine? Tout en soulignant l'obligation pour les médecins de ne poser que les actes médicaux nécessaires, l'auteur se prononce en faveur du maintien d'une éthique centrée sur le patient, seul moyen pour la profession de garder sa noblesse.

In a context of scarce resources, strong pressures are bearing upon the medical profession. Must it abjure its traditional patient-centered approach, and adopt a public interest-centered approach, which is a cost containment attitude? And what could be the consequences of this latter choice on the medical practice? While insisting that the doctors must only do acts that are medically necessary, the author speaks out in favor of the patient-centered ethic, the only way for the profession to preserve its integrity.

*. Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteur remercie vivement Me Judith Rochette et M. Martin Tétrault pour leur précieuse collaboration.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	379
I. L'approche médicale traditionnelle	379
1. Du paternalisme médical à l'autonomie du malade ..	380
2. Les décisions de traitement centrées sur le patient ...	380
II. L'irruption du critère économique dans l'art de soigner	382
1. De l'autonomie du malade à l'impérialisme écono- mique	382
2. Les décisions de traitement axées sur l'intérêt général	385
III. Une tentative de réconciliation	390
1. La contribution médicale à la réduction des coûts ...	390
2. Le maintien d'une éthique centrée sur le patient	392
CONCLUSION	394

INTRODUCTION

«Je jure par Apollon, médecin, Asklépios, Hygéia et Panakéia, prenant à témoin tous les dieux et toutes les déesses, d'accomplir selon mon pouvoir et mon jugement, ce serment et cet engagement écrit.....

Je ferai servir le régime diététique à l'avantage des malades selon mon pouvoir et mon jugement.....

En quelque maison que je doive entrer, je m'y rendrai pour l'utilité des malades...

Les choses que, dans l'exercice ou même de l'exercice de mon art, je pourrai voir ou entendre sur l'existence des hommes et qui ne doivent pas être divulguées au dehors, je les tairai...»

Ce ne sont là que de brefs extraits du serment qu'Hippocrate exigeait de ses disciples au 5^e siècle avant notre ère¹. Les temps ont certes bien changé depuis l'époque où le jeune médecin promettait de considérer son maître à l'égal de ses parents et de pourvoir, si besoin en était, à sa subsistance, ou encore d'honorer sa profession par la chasteté et la sainteté de son existence. Mais jamais peut-être les défis posés à la tradition médicale de probité et de dévouement au patient n'ont-ils été aussi grands qu'aujourd'hui, alors que l'on semble demander au médecin de prendre en considération, jusqu'au lit du malade, l'intérêt public. Non pas un intérêt de santé publique, ce ne serait pas nouveau, mais bien l'intérêt économique de la société.

Après un bref rappel de la relation traditionnelle médecin-patient et de son évolution récente, nous nous pencherons sur l'irruption du critère économique dans cette relation, pour tenter de la cerner dans sa réalité et ses conséquences possibles sur les rapports individuels qui nous occupent. Nous nous demanderons enfin s'il est possible de réconcilier la prise en compte de l'intérêt général économique et la noblesse de l'éthique professionnelle.

I. L'approche médicale traditionnelle

Si l'histoire récente se caractérise par un déplacement du centre de décision, les motifs de celle-ci demeurent axés sur le patient.

1. Du paternalisme médical à l'autonomie du malade

1. L. DEROBERT, *Droit médical et déontologie médicale*, Paris, Flammarion, 1974, p. 317 et s., pour l'historique du Code de déontologie.

Que n'a-t-on dit, que le lecteur ne sache déjà, du «paternalisme» du médecin? Tout préoccupé de son savoir et de la guérison de son patient, il s'est souvent permis de déterminer seul le bien de celui-ci: «L'homme», dit Savatier², «qui devient maître d'un autre homme fût-il idéalement pénétré du ministère qu'il exerce, s'ouvre à de graves tentations. Chez le médecin, cette tentation est de considérer le malade comme juridiquement inférieur, parce qu'il est biologiquement le plus faible».

Mais l'affirmation des droits de la personne, la consécration de son inviolabilité dans les codes et chartes, ont remis à l'honneur l'égalité juridique des parties au contrat de soins, sans altérer l'élément de confiance qui doit présider à leurs relations. Car l'être humain atteint en son corps a toujours besoin de se remettre entre les mains de celui qui, par son savoir et son humanisme, peut lui venir en aide. Cependant la décision ultime revient maintenant au patient : sauf circonstances particulières, son consentement est requis, et qui plus est, son consentement entièrement éclairé. Son autonomie lui permet aussi, sauf disposition législative au contraire, de refuser des soins même si sa vie est en danger.

Le médecin, pour sa part, doit respecter cette liberté, et la sienne propre lui permet de ne pas contracter avec un patient, ou de se retirer d'un tel contrat, moyennant l'assurance d'un suivi adéquat.

2. Les décisions de traitement centrées sur le patient

Le serment d'Hippocrate a traversé les siècles et son esprit, dans son essence, se perpétue dans les codes de déontologie que nous connaissons aujourd'hui. Ceux-ci se sont néanmoins élargis pour répondre aux exigences de la vie moderne et certains, tel le code français, incluent même certains aspects administratifs.

En sus des règles de droit commun, ce sont les dispositions de ce code qui régissent les rapports professionnels du médecin avec son patient. Or que prescrit-il? Il fait devoir au médecin, entre autres, de respecter la vie, la dignité et la liberté de la personne, d'établir une relation de confiance mutuelle, d'obtenir un consentement libre et éclairé, d'exercer sa profession selon les normes médicales actuelles les plus élevées possibles, de ne fournir des médicaments ou traitements que si ceux-ci sont médicalement nécessaires, de refuser sa collaboration à tout acte médical qui irait à l'encontre de l'intérêt du

2. R.J. SAVATIER, J.M. AUBY, H. PEQUIGNOT, *Traité de Droit médical*, Paris, Librairies Techniques, 1956, p. 22.

patient, d'ignorer toute intervention qui ne respecterait pas sa liberté professionnelle³ ...

Dans toute sa démarche, le médecin doit donc être guidé par le meilleur intérêt du patient et les traitements qu'il propose sont le fruit d'une évaluation soignée des risques encourus et des bienfaits espérés.

Illustrons cette approche par quelques exemples. Un jeune, blessé dans un accident, est amené à la salle d'urgence, et tout est mis en oeuvre pour lui sauver la vie. Un patient atteint du SIDA peut bénéficier des ressources de l'arsenal thérapeutique et même des traitements expérimentaux s'ils sont disponibles, toutefois à certaines conditions liées à leur caractère même. Une patiente à la phase terminale d'une maladie peut voir le traitement cessé si elle le souhaite, ou, si elle n'est plus à même d'exprimer sa volonté, seulement si celui-ci ne lui procure plus aucun bienfait. Un témoin de Jéhovah refuse, en raison de ses convictions religieuses, toute transfusion sanguine : sa décision sera respectée sans qu'il soit pour autant abandonné à son sort, les médecins essayant de le sauver en usant d'autres moyens.

Des dilemmes nouveaux naissent à mesure de l'évolution de la science, et aussi des exigences d'une liberté individuelle revendiquée comme absolue. Le médecin doit-il pratiquer une médecine de désir, de convenance, que ce soit en matière d'avortement, de procréation artificielle...? Ce n'est pas le lieu d'y répondre, mais la question n'est innocente ni au plan de la déontologie ni à celui des ressources.

Et ce sont ces dernières qu'il nous faut aborder maintenant.

Il n'est pas nouveau de voir le médecin obligé de choisir, parmi ses patients, celui ou ceux à qui il donnera priorité. Pas plus que le commun des mortels n'est-il tenu à l'impossible. En temps de guerre, d'épidémie, de catastrophe, il doit sélectionner les personnes auxquelles il accorde ses soins, eu égard à leur état, aux ressources dont il dispose, à ses propres forces. S'il lui arrive de sacrifier un malade, c'est parce que l'état de celui-ci, comparé à d'autres, le justifie d'agir ainsi. C'est un choix vraiment circonstanciel, n'impliquant aucune sélection *a priori*. Comme le souligne très justement Haavi Morreim, de tels conflits ont donc

3. Au Québec, Code de déontologie des médecins, R.R.Q., c.M-9, r.4, arts 2.03.01, 2.03.09, 2.02.28, 2.03.15, 2.03.21, 2.03.23, 2.03.54 respectivement. En France, Code de déontologie des médecins, Décret n.79-506 du 28 juin 1979, notamment les arts 2, 7, 9, 10, 34, 35, 36.

toujours existé⁴. Ils n'ont pas disparu avec l'apparition d'appareillages plus sophistiqués (respirateurs, moniteurs cardiaques ...), des soins intensifs, et la pratique des greffes les repose avec une acuité particulière. Songeons simplement au manque d'organes disponibles pour transplantation et au nombre de receveurs en attente du geste salvateur. Cette sorte de pénurie est la «commodity scarcity» des auteurs américains⁵. Même à l'époque des ressources pratiquement illimitées, elle existait inévitablement et existera toujours.

Dans ce contexte cependant, le médecin fait ses choix en tenant compte de ses possibilités et en considérant seulement la situation du ou des patients qui sont devant lui au moment où il doit prendre la décision. Les conflits d'intérêts sont ceux des personnes individuelles et les sacrifices consentis en vue du bien commun le sont seulement dans des circonstances extraordinaires. Guidé par leur «meilleur intérêt», le médecin ne voit pas sa loyauté mise à l'épreuve par des considérations plus éloignées, et la qualité de la relation médecin-patient ne change pas.

Par contre, l'arrivée de la pénurie fiscale ou «fiscal scarcity»⁶ lui pose des questions entièrement nouvelles.

II. L'irruption du critère économique dans l'art de soigner

Autrefois, la mort faisait partie de la vie, et les bonnes actions ouvraient la porte sur l'éternité. Aujourd'hui qu'il s'agit de nous offrir l'éternité sur terre, nous découvrons son prix exorbitant.

1. De l'autonomie du malade à l'impérialisme économique

Les facteurs d'augmentation du coût des soins de santé sont multiples et il ne nous appartient pas de les analyser ici. Les découvertes technologiques, le matériel de pointe procurent au médecin des moyens diagnostiques et thérapeutiques extraordinaires. Ils engendrent également des attentes accrues des citoyens à l'égard de la médecine : grâce à eux, tout semble possible pour tous. La médecine a ainsi un potentiel de dépense pratiquement illimité⁷, nous entraînant dans une spirale sans fin. Or la réalité est là: ces dépenses ne peuvent continuer à croître de

4. H. MORREIM, «Cost Containment: Challenging Fidelity and Justice», (1988) 18(6) Hastings Center report 20, p. 20.

5. H. MORREIM, Ibid.

6. H. MORREIM, Ibid.

7. L.C. THUROW, «Medicine versus Economics», (1985) 313 New England Journal of Medicine 611, p. 612.

la même façon, et la collectivité doit décider de l'allocation prioritaire des ressources disponibles. Une augmentation des coûts engendre donc inévitablement une augmentation de contrôle de sa part⁸.

L'évaluation économique, comme le souligne très justement Lebrun, permet de cerner les choix qui auront le plus de retentissement positif sur la santé de la population en général⁹. Ces critères sont cependant très difficiles à évaluer: quelle est la valeur d'une année de vie? Comment apprécier la qualité de vie¹⁰?

Le médecin connaît bien sûr l'existence des contraintes budgétaires: elles sont depuis plusieurs années, et avec une acuité de plus en plus marquée, le lot quotidien de sa pratique hospitalière: que l'on pense aux diminutions de personnel, aux fermetures de lits, à la réduction du temps opératoire Paradoxalement, les traitements coûteux ne sont donc pas seuls affectés, bien au contraire. L'intérêt financier de l'institution pourrait ainsi l'amener à imposer des restrictions dans les tests, dans les traitements, à définir systématiquement les attitudes les moins onéreuses à l'aide de «recettes» de plus en plus précises, au point de finir, dit un auteur, par pratiquer à la place du médecin¹¹. Celui-ci sera poussé à n'employer une procédure chère que si cette dernière présente beaucoup de chances de succès¹².

Les médecins génèrent, dit-on, 75% des dépenses de santé¹³. Quoi d'étonnant à ce que certains veuillent en faire les pivots, les personnages clés, les «gatekeepers», les agents doubles de la nouvelle donne écono-

-
8. M. TORRELLI, *Le médecin et les droits de l'homme*, Paris, Berger-Levrault, 1983, p. 109.
 9. T. LEBRUN et coll., «De l'intérêt des méthodes d'évaluation dans la décision et la pratique du médecin», (1987) 5 *Journal d'Economie Médicale* 183, p. 185.
 10. Id., p. 189. L'économie médicale elle-même, et ses savantes formules, ne relèvent pas de notre propos. Voir notamment à ce sujet: T. LEBRUN, supra, note 9; R. ZECKHAUSER and D. SHEPARD, «Where Now for Saving Lives?», (1976) 40 *Law and Contemporary Problems* 5; D.P. RICE and B.S. COOPER, «The Economic Value of Human Life», (1967) 57 *American Journal of Public Health* 1954. J.P. ACTON, «Measuring the Monetary value of Lifesaving Programs», (1976) 40 *Law and Contemporary Problems* 46; J. AVORN, «Benefit and Cost Analysis in Geriatric Care», (1984) 310 *New England Journal of Medicine* 1294; D.D. EMERY and L.J. SCHNEIDERMAN, «Cost-Effectiveness Analysis in Health Care», (1989) 19(4) *Hastings Center Report* 8.
 11. H. MORREIM, «Cost Containment and the Standard of Medical Care», (1987) 75 *California L.R.* 1719, p. 1728.
 12. L.C. THUROW, «Medicine versus Economics», (1985) 313 *New England Journal of Medicine* 611, p. 613.
 13. L. POTVIN, *L'approche éthique*, dossier thématique pour la Commission d'Enquête sur les Services de Santé et les Services Sociaux, 1987, p. 26.

mique des soins de santé¹⁴, les plaçant ainsi en conflit direct avec leur engagement fiduciaire traditionnel? Voici que le «*primum non nocere*» (d'abord ne pas nuire) des anciens se transforme en «*primum non expendere*» (d'abord ne pas dépenser), selon la juste expression de Charles Dougherty¹⁵. Cependant, et paradoxalement, ils sont dans le même temps de plus en plus absents des instances décisionnelles. Il est néanmoins attendu d'eux qu'ils se fassent auprès des patients particuliers les interprètes des refus de traitement, rôle que ne voudraient assumer en aucun cas les décideurs ni les payeurs¹⁶.

Selon Lebrun, «ignorer la composante économique dans la décision médicale serait sans doute, en l'état actuel des choses, contraire à l'éthique. Mais il serait aussi contraire à l'éthique de ne privilégier que la composante économique»¹⁷.

Ainsi, pour la première fois, et contrairement à ce qui a toujours été perçu du rôle du médecin dans la société, il est suggéré que des soins médicaux adéquats pour l'individu pourraient ne pas être bons pour la société : l'intérêt public est opposé aux droits individuels aux soins de santé. N'est-ce pas là le problème le plus crucial auquel est confrontée la profession médicale?¹⁸

2. Les décisions de traitement axées sur l'intérêt général

La véritable question du nouveau fondement de la décision médicale, à savoir le déplacement de l'intérêt du patient à celui de la société, se pose si, et seulement si, des moyens de traitement clairement bénéfiques existent et ne sont pas offerts au patient pour des raisons de coût (et non de manque de disponibilité, tel que dit plus haut), ou encore si des traitements lui sont imposés pour le même motif¹⁹.

-
- 14. H. MORREIM, *supra*, note 11, p. 1726 ; E.D. PELLEGRINO, «Rationing Health Care: the Ethics of Medical Gatekeeping», (1986) 2 *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 23, p.23.
 - 15. C.J. DOUGHERTY, «Ethical Perspectives on Prospective Payment», (1989) 19(1) *Hastings Center Report* 5, p. 9.
 - 16. L.C. THUROW, *supra*, note 7, p. 613.
 - 17. T. LEBRUN, *supra*, note 9, p. 184.
 - 18. M. ANGELL, «Medicine: The Endangered Patient-Centered Ethic», (1987) 17(1) *Hastings Center Report*, Special Supplement, p. 12.
 - 19. J.C. MOSKOP, «The Moral Limits to Federal Funding for Kidney Disease», (1987) 17(2) *Hastings Center Report* 11, p. 13. W. SCHWARTZ and H.J. AARON, dans leur article «Rationing Hospital Care - Lessons from Britain», (1984) 310 *New England Journal of Medicine* 52, expliquent comment fonctionne le système anglais et comment les médecins ont intégré la réalité économique dans leur jugement médical. Justice M.D. KIRBY, «Bioethical Decisions and Opportunity Costs», (1986) 2 *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 7.

Reprenons nos exemples de tout à l'heure²⁰. En vertu de l'approche coût-bénéfice, tout sera encore mis en oeuvre pour sauver le jeune blessé. Le refus de traitement du témoin de Jéhovah ne peut être respecté: une transfusion est une dépense minime par rapport à un séjour prolongé aux soins intensifs, peut-être une dialyse rénale, et que sais-je encore. Fournir l'A.Z.T. au sidatique? Le traitement requiert au bas mot, semble-t-il, 650 \$ US par mois, ou 7800\$ par année pour une dose complète, et il n'est même pas curatif²¹. Quant à la patiente en phase terminale, profitons d'une période dépressive où elle veut cesser tout traitement pour acquiescer aussitôt à sa demande: la plus grande partie des coûts de santé sont générés dans la dernière année de vie²². En toute logique, quand il s'agira de tenir compte des testaments de vie («living wills») pour décider d'entreprendre ou d'interrompre les mesures de survie, ne le fera-t-on que s'ils prennent en considération l'aspect économique? Pourquoi n'édicterait-on pas des critères de réanimation fondés sur l'âge, comme cela fut déjà suggéré?

L'hégémonie du critère économique dans la décision médicale a de graves répercussions. Elle mine la relation de confiance qui doit présider aux relations patient-médecin et menace, en jetant un doute sur la motivation des actes de ce dernier, la coopération du malade, indispensable au succès des soins. Elle pourrait même entraîner une réticence à chercher de l'aide. Elle fausse le jugement professionnel du médecin, porte atteinte à son indépendance, à sa loyauté envers le patient et même à ses relations avec ses confrères. Le tout vient en contradiction avec le code de déontologie qui, ne l'oublions pas, s'impose à lui et dont nous avons rappelé les préceptes.

Elle le place en perpétuel conflit avec lui-même et avec l'institution hospitalière. Les directives («guidelines») en matière de limitation des coûts («cost containment») peuvent amener à en faire moins pour les patients particuliers, par exemple en termes de procédures diagnostiques, ou de durée d'hospitalisation ...²³, contrevenant ainsi à l'obligation de soigner selon «les normes médicales les plus élevées possibles».

Advenant l'imposition par l'hôpital de coupures dans les tests ou dans les traitements, le professionnel peut être pris entre deux feux: ou

20. Partie I, section 2.

21. «Who Pays for AZT?», Case Studies, (1989) 19(5) Hastings Center Report 30, p. 30, and Commentaries by R.L. PENSLAR and R.D. LAMM, p. 30 et 32.

22. L. POTVIN, *supra*, note 13; A.A. SCITOVSKY and A.M. CAPRON, «Medical Care at the End of Life: The Interaction of Economics and Ethics», (1986) 7 Ann. Rev. Public Health 59, p. 63 et s.; R. BAYER et al., «The Care of the Terminally Ill: Morality and Economics», (1983) 309 New England Journal of Medicine 1490.

23. H. MORREIM, *supra*, note 11, p. 1729.

il choisit de ne pas faire une procédure qui serait indiquée selon son jugement, et il s'expose à une action en responsabilité si surviennent des conséquences néfastes, ou il déroge au protocole ou passe outre au refus de l'hôpital d'approuver une procédure, et il s'expose à des sanctions disciplinaires²⁴.

Aux coupures budgétaires s'ajoutent pour le médecin les exigences accrues de la population et le spectre des poursuites judiciaires. Cette conjoncture crée des tensions très fortes. Faudrait-il donc, dans pareil contexte, modifier les normes de la bonne pratique professionnelle? Une telle approche permettrait de résoudre bien des problèmes²⁵. Elle implique que certains comportements considérés autrefois comme négligents peuvent maintenant être «socialement souhaitables»²⁶. Outre le fait qu'elle déplace le fardeau sur les épaules des patients, une telle diminution des standards est cependant contraire à l'éthique médicale et à la formation du médecin, et elle cadre difficilement avec la surveillance qui est exercée sur la qualité des actes médicaux.

Traditionnellement, lorsque les tribunaux se sont prononcés sur les normes de la pratique, ce fut généralement pour en imposer de plus hautes²⁷. La jurisprudence québécoise, si elle a déjà fait allusion aux difficultés causées par une surcharge de travail²⁸, ne s'est pas encore véritablement penchée sur la question des contraintes budgétaires. Aux États-Unis, un tribunal californien en a eu l'occasion: Dans l'arrêt *Wickline v. State of California*, une patiente portait plainte pour l'amputation de sa jambe due, selon elle, à un renvoi prématuré de l'hôpital. Il a été décidé, outre la responsabilité possible du tiers payeur pour des décisions médicales inappropriées résultant de défauts dans les mécanismes d'implantation des «cost containment», que

«the physician who complies without protest with limitations on treatment imposed by a third-party payor when physicians medical judgment dictates otherwise cannot avoid his ultimate responsibility for patient's care»²⁹.

24. C.J. DOUGHERTY, *supra*, note 15, p. 9.

25. Notes, «Rethinking Medical Malpractice Law in Light of Medicare Cost-Cutting», (1985) 98 Harvard L. R. 1004, p. 1017.

26. *Ibid.*

27. *Id.*, p. 1018.

28. *Hôpital Général de la Région de l'Amiante c. Perron*, [1976] C.S. 1191, [1979] C.A. 567; *Côté c. Hôtel-Dieu de Québec et Houde*, 982] C.S. 906, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.).

29. 239 Cal. Rptr. 810 (Cal. App. 2 Dist. 1986), p. 819.

Même si, en l'espèce, l'organisme étatique Medi-Cal n'avait pas approuvé les jours supplémentaires pour lesquels le praticien avait demandé l'autorisation, il ne passait pas outre, ce faisant, au jugement du médecin traitant, n'étant pas partie à la décision médicale³⁰. Au lieu de se conformer simplement au délai accordé, les médecins auraient pu tenter d'obtenir encore une nouvelle prolongation en appelant leur confrère de l'organisme. Dans son témoignage, le chirurgien a expliqué qu'il savait que le consultant de Medi-Cal avait plus le souci de l'intérêt public que du bien-être du patient et que cela avait influencé sa propre décision de ne pas insister. L'autre médecin traitant avait de plus le sentiment que Medi-Cal pouvait lui dicter quand libérer un patient de l'hôpital. Mais c'est à eux, dit le tribunal, que revient cette décision, car ils sont les meilleurs juges de la situation. Et d'ajouter:

«While we recognize, realistically, that cost consciousness has become a permanent feature of the health care system, it is essential that cost limitation programs not be permitted to corrupt medical judgment»³¹.

Si le critère économique intervient dans la décision de traitement, les répercussions sur le consentement éclairé ne peuvent être passées sous silence. Au lieu d'informer le patient des différentes options possibles, il pourrait être tentant d'ordonner de routine les procédures les moins chères, voire de ne rien offrir du tout si seules des alternatives coûteuses étaient pertinentes et ce, pour garder les coûts aussi bas que possible. Or l'obligation de renseigner n'impose-t-elle pas, au contraire, que de tels éléments soient divulgués³²? Lorsqu'une alternative est indiquée dans le cas du malade et qu'elle n'est pas proposée pour des raisons de contraintes budgétaires, celui-ci doit en être avisé. Pensons par exemple à certaines prothèses (hanche, genou...) que des hôpitaux n'offrent plus, ou en nombre restreint, pour des raisons d'économie: peut-on simplement référer le patient, sans lui en dire le motif, à un autre hôpital dans lequel la liste d'attente peut être de plusieurs mois?

30. Ibid.

31. Id., p. 820. Différente est la situation où c'est l'intérêt économique du médecin lui-même qui est en jeu, mais les tribunaux ont statué dans un sens analogue: l'arrêt *Massachusetts Medical Society et al. v. Dukakis et al.*, 815 F.2d 790 (1st Cir.1987), décide qu'une loi interdisant aux médecins de facturer des honoraires en sus des montants remboursés par le programme Medicare ne les prive pas indûment de leur liberté de pratique.

32. E.D. PELLEGRINO, *supra*, note 14, p. 43. Mentionnons que certains aspects sont propres au système de santé américain, et que tous les éléments ne sont donc pas transposables chez nous. F.R. ABRAMS, «Patient Advocate or Secret Agent?», (1986) 256 J.A.M.A. 1784.

Tout comme un médecin peut le faire à l'égard de ses confrères dans une institution, ainsi ces dernières peuvent-elles pénaliser indûment les autres en refusant d'utiliser leurs propres ressources. Et si le malade offrait de payer le coût de la dite prothèse pour être traité plus vite? Atteinte au principe de l'égalité? Mais les Chartes ne pourraient-elles ici fonder un recours puisque, sans conteste, la sécurité de la personne est en jeu et qu'il ne s'agit pas d'une ressource rare au sens propre du terme?

La formation médicale ne prépare pas à la démarche économique : l'homme de l'art connaît la maladie dans sa dimension humaine individuelle, il est celui qui doit dire non, très concrètement, à l'individu souffrant qui est devant lui, et affronter son désespoir. Comment n'y aurait-il pas de conflit avec les décisions des administrateurs et technocrates³³? Comment méconnaître, d'autre part, la difficulté de passer outre aux contraintes qui lui sont imposées? Faut-il dès lors changer l'éthique médicale, faire non plus du patient, mais de l'intérêt public son centre primordial? Une telle révolution exigerait à tout le moins que les choix soient clairs et sans ambiguïté³⁴. Les positions sont loin d'être unanimes. Pour Gérard Mémeteau, «il n'est qu'une seule politique dont on puisse faire du médecin l'auxiliaire, celle de la protection de la personne humaine. Pour le reste, il appartient à d'autres de prendre leurs responsabilités propres»³⁵. Pour Maurice Torrelli, par contre, le médecin, étant toujours demandeur, doit s'impliquer dans les choix à faire parmi les dépenses:

«Abandonner la décision aux seuls économistes serait une désertion. Un devoir nouveau est en train de naître pour la médecine, devoir d'essence différente du devoir traditionnel, et presque contradictoire à ce dernier: le devoir d'engager sa responsabilité dans le conflit qui oppose les exigences de l'individu malade et les intérêts de la collectivité....»³⁶

33. T. LEBRUN, *supra*, note 9, p. 187; L. POTVIN, *supra*, note 13, p. 13 et s. R.M. VEATCH, «Justice and the Economics of Terminal Illness», (1988) 18(4) Hastings Center Report, 34, p. 37: l'auteur souligne aussi les risques d'inéquité dans les décisions si l'appréciation est laissée aux médecins individuellement.

34. Il l'est, par exemple, dans le code médical en U.R.S.S: l'intérêt public prime.

35. G. MEMETEAU, «La liberté thérapeutique du médecin», dans *Droit médical*, Paris, Litec, 1988, Fasc. 27, 1, p. 44. L'auteur mentionne la déclaration faite à Copenhague par le Comité permanent des médecins de la C.E.E.: «...les médecins ne peuvent, sans mettre en péril l'indépendance technique et morale indispensable à l'exercice de leur profession, s'associer aux décisions économiques et politiques qui sont prises par les pouvoirs publics en ce qui concerne le budget affecté à la santé...»

36. M. TORRELLI, *supra*, note 8, p. 48.

Et d'ajouter, en citant l'auteur Guy Perrin:

«Le médecin est malade de la société, faute de connaître ou d'admettre la nouvelle éthique dont il a besoin pour assumer son nouveau rôle social dans des sociétés où la médicalisation de la vie et la socialisation de la médecine sont également développées»³⁷.

Est-il possible de résoudre ce dilemme?

III. Une tentative de réconciliation

Le médecin peut-il être d'une aide quelconque dans la diminution des coûts de santé sans renier son éthique traditionnelle?

1. La contribution médicale à la réduction des coûts

L'augmentation des poursuites en responsabilité a entraîné, comme chacun sait, le développement d'une médecine dite «défensive», qui est à toutes fins pratiques de la mauvaise médecine, puisqu'elle consiste à poser des actes justifiés, non par l'état du patient, mais par le désir premier de se protéger contre des risques de poursuites, réels ou imaginaires³⁸. Cette façon de faire est contraire à la déontologie, puisque notre code prescrit de ne «fournir un soin ou donner une ordonnance de médicaments ou de traitement que si ceux-ci sont médicalement nécessaires»³⁹. Le Code français édicte dans le même sens: «Le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées dans les circonstances. Dans toute la mesure compatible avec l'efficacité des soins, et sans négliger son devoir d'assistance morale, il doit limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire»⁴⁰. De plus, les médecins de la Sécurité sociale «observent, dans toutes leurs prescriptions, la plus stricte économie compatible avec l'efficacité du traitement»⁴¹. Gérard Mémeteau y voit à juste titre, au-delà de la protection du patient, le «devoir d'économie» du médecin⁴². Selon

37. Id., p. 109.

38. H. MORREIM, *supra*, note 11, p. 1731; Notes, Harvard L. R., *supra*, note 25, p. 1012.

39. Québec, *supra*, note 3, art. 2.03.21.

40. France, *supra*, note 3, art. 9.

41. Convention du premier juillet 1985, référant à l'art. 258 du Code de la Sécurité Sociale.

42. G. MEMETEAU, *supra*, note 35, p. 42 et, p. 44, la référence à l'arrêt Angers, 10 novembre 1972, D. 1973. Somm.77.

Haavi Morreim, les actes médicaux non justifiés et reliés à la médecine défensive pourraient coûter aux Etats-Unis de 8.4 à 13.7 milliards de dollars par an, selon les méthodes d'évaluation. Lors d'une enquête réalisée en 1973, 50 à 70 % des médecins américains reconnaissent, déjà à l'époque, adopter à l'occasion ce type de conduite, sous différentes formes⁴³.

La suppression de ces actes non justifiés bénéficierait à tous, non seulement sans diminuer, mais même en améliorant la qualité des soins: ainsi les intérêts des patients, sur ce point particulier, vont rejoindre ceux de la collectivité, celle-ci réalisant une économie appréciable, ceux-là échappant à des risques iatrogènes inutiles. De plus, un certain nombre de procédures, consultations, prescriptions pourraient être évitées sans porter atteinte à la qualité des soins. Le refus de l'acharnement thérapeutique est un autre exemple: bien avant d'être une question de ressources, cette attitude relève de la bonne pratique médicale. Une approche plus rationnelle aboutirait également à diminuer les attentes des patients, permettant d'améliorer ainsi les normes de la pratique professionnelle⁴⁴.

Certains auteurs soulignent à juste titre que la prise en compte du facteur économique peut intervenir sans impliquer une hégémonie de ce critère. Parmi les procédures qui s'offrent à lui, le médecin, éclairé par l'analyse économique, choisira, à qualité égale, celles qui sont «coût-efficaces», sans qu'il soit porté atteinte à sa liberté thérapeutique⁴⁵.

Il est indéniable que le médecin a une sérieuse obligation morale d'utiliser au mieux les ressources de l'individu et de la société. Il devrait faire siens les maîtres-mots qui résument si bien la pensée d'Edmund Pellegrino sur le sujet, prendre pour guides la «diagnostic elegance» et la «therapeutic parsimony»⁴⁶. Le dialogue constructif serait dès lors permis avec des gestionnaires qui, de leur côté, n'écarteraient plus systématiquement les médecins des instances décisionnelles.

43. H. MORREIM, *supra*, note 11, p. 1731; Notes, Harvard L. R., *supra*, note 25, p. 1012 et s. Il faut toutefois garder présent à l'esprit le fait que le problème des poursuites en responsabilité est autrement plus aigu chez nos voisins du sud.

44. H. MORREIM, *id.*, p. 1732, M. ANGELL, «Cost Containment and the Physician», (1985) 254 J.A.M.A. 1203, p. 1204-1205. Nous ne pouvons développer ici toute la question des modes de rémunération à l'acte, générateurs, eux aussi, de surconsommation.

45. T. LEBRUN et al., *supra*, note 9, p. 186 et 198 notamment.

46. E.D. PELLEGRINO, *supra*, note 14, p. 27. Son analyse est reprise par F. GRUNBERG et J.R. WILLIAMS, «Responsabilité morale des médecins en ce qui concerne la distribution des ressources en soins de santé», (1988) 21 *Annales CRMCC* 311, p. 313.

Un regard objectif sur le réseau de la santé nous apprend vite, hélas, combien nous sommes loin de cette approche idéale. Faut-il donc, puisque le conflit persiste et n'est pas près de se résoudre, souhaiter l'avènement d'une nouvelle éthique médicale à saveur économique?

2. Le maintien d'une éthique centrée sur le patient

Il s'agit dès lors d'essayer de réconcilier le mieux possible les exigences de la déontologie traditionnelle avec les contraintes économiques que le médecin ne peut nier et auxquelles il ne peut rester indifférent, situé comme il l'est au cœur du conflit entre les droits individuels aux soins de santé et l'intérêt public. Le défi est énorme pour la profession médicale, sa conception de son éthique et de son rôle public⁴⁷.

Selon différentes études en cours, la répartition des ressources obéit bien davantage à des choix sociaux et politiques qu'à la stricte rationalité économique⁴⁸. Or, c'est au nom de cette dernière que l'on voudrait voir le médecin renier, dans son aspect le plus noble, son rôle traditionnel.

«To permit physicians routinely to balance their patients' interests against others' economic welfare could devastate this fiduciary relationship. And yet as we have seen, the pressures upon the medical community to contain costs are inescapable»⁴⁹.

Le patient est vulnérable vis à vis du médecin. Tout autant qu'à sa compétence professionnelle, il doit pouvoir se fier au fait que celui-ci est tout dévoué à ses intérêts. Laisser au médecin l'entière responsabilité de restreindre ses soins sous prétexte que les ressources sont limitées implique la trahison de cette confiance⁵⁰.

Larry Churchill plaide en faveur de l'éthique professionnelle, qui ne doit se réduire, dit-il, ni à l'obligation légale, ni à l'éthique générale des citoyens, ni à l'éthique personnelle⁵¹. Si elle n'a pas ses propres convictions morales distinctives, non seulement dans ses actions mais dans le mode de délibération qui leur donne du sens, une profession

47. M. ANGELL, *supra*, note 18, p. 12.

48. Nous référons notamment aux brillantes conférences des professeurs Andrée Lajoie et Guy Rocher, publiées dans le présent numéro.

49. H. MORREIM, *supra*, note 11, p. 1727.

50. L. POTVIN, *supra*, note 13, p. 21.

51. L.R. CHURCHILL, «Reviving a Distinctive Medical Ethic», (1989) 19(3) *Hastings Center Report* 28, p. 29.

risque de devenir le jouet de tous les courants «and succumb to whatever forces are most powerful, including now the forces of cost containment and "managed care"»⁵². Des professionnels sans éthique se transforment en techniciens. Ainsi la profession médicale est menacée dans son essence même si elle accepte que le débat fasse fi de ses valeurs intrinsèques et qu'il se résolve en termes purement économiques⁵³. Si elle doit jouer un rôle actif dans la diminution des coûts, elle doit rester libre de protester avec la dernière énergie contre les mesures qui conduiraient à dénier au patient des soins bénéfiques, libre d'informer clairement celui-ci de la situation⁵⁴.

Il ne revient pas au médecin de déterminer, au-delà des considérations médicales et des moyens dont il dispose dans l'immédiat, qui sera traité et qui ne le sera pas, ou à qui seront offertes les ressources. Ces décisions appartiennent à la société dans son ensemble⁵⁵. C'est à elle à déterminer ses priorités, à expliquer aux citoyens qu'il est impossible d'offrir à chacun toutes les alternatives de l'arsenal thérapeutique, à dire non et à en affronter les conséquences. Il serait malhonnête que les choix sociaux ne soient pas clairs. Aux politiciens et administrateurs de viser le bien du plus grand nombre, au médecin de décider encore et toujours dans le meilleur intérêt du patient⁵⁶. Les restrictions à son devoir sacré ne peuvent que lui être imposées de l'extérieur. Le médecin n'a pas à être l'exécutant docile de choix obscurs habillés en une rationalité qui n'existe pas.

CONCLUSION

Notre conclusion sera brève. L'analyse faite ici est nécessairement simpliste. Elle permet néanmoins de souligner certains dangers, ou dangers certains, d'une approche utilitariste ou de l'impérialisme économique, tout autant pour la profession médicale que pour les patients. Dans pareil contexte, un auteur a cru bon d'écrire que «le contact humain et le soutien moral sont choses du passé»⁵⁷. Si tel est le cas, quel aveu d'échec!

52. Id., p. 30 et 34; Dans le même sens: B. JENNINGS et al., «The Professions: Public Interest and Common Good», (1987) 17(1) Hastings Center Report, Special Supplement, p. 3 et 10.

53. Id., p. 31.

54. M. ANGELL, supra, note 18, p. 13, et supra, note 44, p. 1207.

55. H. MORREIM, supra, note 11, p. 1763; L. POTVIN, supra, note 13, p. 18. G. MEME-TEAU, supra, note 35, p. 44.

56. Ibid.; M. ANGELL, supra, note 18, p. 13.

57. L. POTVIN, supra, note 13, p. 24.

Nos sociétés, c'est vrai, doivent réapprendre le sens de la vie et le sens de la mort, admettre que tout n'est pas possible ici-bas, que le médecin n'est pas Dieu et que l'humanité a des moyens limités. Mais la science, a écrit Jean Hamburger, est raison, et l'éthique est passion⁵⁸. La science médicale est raison, les contraintes économiques sont raison, et encore. Mais l'art de guérir est passion. Passion pour l'être humain souffrant qui traverse les siècles et cherche celui à qui il peut, sans arrière-pensée, confier sa détresse et son espoir.

58. J. HAMBURGER, *La raison et la passion*, Paris, Seuil, 1984.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES CRITÈRES DE SÉLECTION DES CANDIDATS AUX TRAITEMENTS
COÛTEUX

Auteur(s) : Guy DURAND

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : 395-405

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13561>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13561>

Page vide laissée intentionnellement.

LES CRITERES DE SELECTION DES CANDIDATS AUX TRAITEMENTS COUTEUX

par Guy DURAND*

Quand il n'y a pas assez d'appareils pour soigner tous les malades, qui doit-on privilégier? Après une brève analyse de la littérature et un relevé de ce qui se passe dans certains centres de cardiologie, l'auteur propose deux points de repère éthiques: maximiser les critères d'ordre médical, déterminer un processus de décision interdisciplinaire et public.

When there are not enough apparatus to satisfy to all demands, whom should we privilege? After a brief review of the litterature and an investigation in some cardiology centres, the author proposes two landmarks: to heighten medical criterium; to establish interdisciplinary decision process.

*. Ethicien, juriste, professeur titulaire à la Faculté de théologie. Responsable des cours de bioéthique à la Faculté de médecine et à la Faculté des Etudes supérieures. Membre du comité de bioéthique de divers hôpitaux de la région de Montréal.

SOMMAIRE

PROBLEMATIQUE	397
REVUE DE LITTERATURE	400
PRATIQUE QUEBECOISE EN CARDIOLOGIE	402
REPERES ETHIQUES	404

Réfléchir sur «les critères de sélection des candidats aux traitements coûteux» renvoie à la question du pourquoi, à la question des fins, par opposition à la seule question du comment. Pourquoi tel ou tel choix? Au nom de quel principe? Les plus malades, les plus démunis, les plus importants? Au nom de quelle valeur? Justice, égalité? Il s'agit là à n'en pas douter de questions éthiques.

L'éthique, en effet, ne constitue pas un domaine à part, séparé de la vie quotidienne. Elle est une dimension de la vie. Elle est inhérente à l'économie, aux politiques, à la médecine. Quand il y a un choix à faire - un choix qui met en cause la liberté - il y a éthique.

Ce n'est pas à dire que les «réponses» doivent venir des «spécialistes» en éthique. Loin de là. Mais que chaque professionnel est sujet de l'éthique, est lui-même «éthicien», parce que chaque acte professionnel comporte une dimension éthique. Personne ne peut se cacher sous le paravent de l'«objectivité scientifique» ou de la «neutralité scientifique». Les actes humains, les choix faits par des humains, sont des choix moraux. La prétendue objectivité cache la plupart du temps des choix de valeurs inconscients; et les choix inconscients sont les plus dangereux parce que, justement, on n'en est pas conscient.

Mon texte sera divisé en quatre points:

- problématique;
- revue de littérature;
- pratique québécoise en cardiologie;
- repères éthiques.

PROBLEMATIQUE

Premier exemple. 1982. Dans un hôpital public américain, deux patients habitent des chambres voisines. Georges, trente-trois ans, retardé mental, en institution depuis l'âge de trois ans, sans contact avec sa famille depuis vingt ans, sujet déjà de deux arrêts cardiaques. Donald, 48 ans, homme d'affaire, marié, quatre enfants, à demi paralysé après une crise cardiaque, a commencé à récupérer, le pronostic de guérison complète est excellent¹.

Une nuit, à 3:00, Georges fait un arrêt cardiaque. L'unité mobile - la seule qui existe dans l'établissement, parce qu'on avait jugé tout à fait

1. Cf. McIntire, K.M.; R.C. Benfari et P. Battin, «Two cardiac Arrests, one medical Team», dans Hastings Center Report, 12 (avril 1982); reproduit dans Arras et Hund, *Ethical Issues in Modern Medicine*, 1989.

improbable l'éventualité d'arrêt cardiaque simultané de deux patients - arrive en dedans de quatre minutes. Elle est prête à commencer le travail.

Or l'imprévisible arrive. A 3:04, Donald a un arrêt cardiaque. Les membres de l'équipe se consultent rapidement. On applique le principe «premier arrivé, premier servi». Donald meurt.

Seattle, en 1962, au Centre de reins artificiels. Selon le système américain, les gens paient eux-mêmes l'hémodialyse. Il y a trois appareils et une multitude de demandes². Comment choisir? On décide de référer les cas à un comité de sept membres: 2 médecins, 5 autres. Les critères retenus: médicaux d'abord; puis sexe, statut marital, nombre de dépendants, revenu, stabilité émotionnelle, «background» éducatif, métier ou profession, réalisations passées ou potentielles, nom de personnes pouvant servir de référence.

Quand l'affaire a été connu du grand public, on a crié au scandale: atteinte à la justice, à l'égalité des citoyens, etc.

De 1968 à 1981, au Centre médical de Stanford, on s'est donné des critères de sélection à la greffe cardiaque³. Ceux-ci étaient davantage d'ordre médical qu'à Seattle: invalidité cardiaque confinant le malade à son fauteuil et à son lit et/ou une espérance de vie de moins de six mois; santé des autres organes majeurs; absence d'infection et d'embolie pulmonaire récente; famille disponible au patient; capacité du patient et de la famille à comprendre les risques de même que les limites et avantages de l'intervention; absence de maladie psychiatrique.

Même si ces critères étaient plus médicaux, ils ont suscité beaucoup de critiques.

1. Les patients de plus de 50 ans n'ont pas grand chance d'être traités. Où est l'égalité?
2. Des patients refusés par le Centre ont bien réagi aux traitements dans une autre institution. Où est le rationnel?

2. R.C. FOX, G.P. SWAZEY, *The Courage to Fail: A Social View of Oregon Transplantation Dialysis*, Chicago, Press Univ., 1974, notamment, chap. 8. Notons que, en 1972, la situation a considérablement changé parce que l'État a octroyé d'énormes ressources.

3. Christopherson, «To mend the Hearth: Ethics of high Technology», dans *The Hastings Center Report*, 12/1 (fév. 82).

3. Se baser sur des statistiques est-il juste? Pourquoi par exemple rejeter les diabétiques? Ceux-ci peuvent prétendre que leur chance de survie est minime mais quand même existante.
4. Même si en théorie les facteurs sont liés à la nécessité du traitement, en fait, on constate que les choix ont privilégié la valeur sociale des patients. Malgré toutes les bonnes intentions, ils reflètent les préférences, croyances et penchants des décideurs. Où est donc l'objectivité? Où sont la justice et l'égalité?⁴

Exemples anciens! Problèmes dépassés! Problèmes américains? Il n'y a rien de moins certain.

A la télévision québécoise, il y a quelques semaines, on a rapporté un cas analogue à celui de Donald et Georges. Dans une unité de cardiologie, une personne âgée est sous assistance ventilatoire. Arrive d'urgence un jeune accidenté. On enlève l'appareil à la personne âgée pour le donner au nouvel arrivant. Au nom de quel principe? - Age, espérance de vie.

On pourrait multiplier les exemples, tous plus compliqués les uns que les autres. On pourrait élargir d'ailleurs le débat, en considérant non seulement l'absence d'appareils suffisants à un moment donné, mais plus largement la rationalité de l'allocation des ressources quand celles-ci sont limitées. Exemple: doit-on accepter un fumeur à une greffe de poumon? Doit-on admettre un alcoolique à une greffe de coeur? N'est-ce pas un gaspillage de ressources? Ces gens ne sont-ils pas malades par leur faute?

Dans une unité de cardiologie de Montréal, il y a 360 patients en attente de chirurgie cardiaque. Dans une autre, 170. A un endroit, il faut attendre deux ans avant d'être appelé pour hospitalisation. Plusieurs patients meurent en attendant. Un grand nombre voit leur situation se détériorer au point où ils entrent par l'urgence pendant qu'ils sont sur la liste d'attente: dans un hôpital montréalais encore, le pourcentage de telles entrées est de 90%.

Aux Etats-Unis, en 1983, on calculait que 4000 personnes étaient en attente de greffe de cornée; et 10,000 en attente de greffe de reins. Cela semble révélateur de bien d'autres institutions. Et la situation ne

4. N.K. Bell «Triage in Medical Practices: an unacceptable Model», dans Soc. Sci. and Medicine, 1981. Voir aussi Elkowicz, dans The Journal of Medical Humanities and Bioethics.

fait que s'amplifier avec l'augmentation de la demande de soins et ... la non augmentation correspondante des ressources.

REVUE DE LITTERATURE

La question traitée - je le rappelle - est celle-ci: à qui attribuer les ressources quand celles-ci sont insuffisantes à la demande? Ou encore, plus crûment, en reprenant le titre d'un article célèbre: «qui doit vivre quand tous ne peuvent pas vivre»⁵?

Le premier tri doit se faire évidemment à partir de critères médicaux: là-dessus les auteurs sont unanimes. On ne greffe pas par exemple un coeur, un rein, un pancréas ... sur un patient non compatible. Ces critères permettent de régler plusieurs cas. Mais il en reste. Comment alors décider? Sur quels critères se fonder? Les auteurs en analysent en particulier sept⁶.

1. A chacun selon ses besoins. Ce critère est évidemment excellent. Mais justement son application est impossible: c'est là le problème.
2. A chacun selon son mérite. A chacun selon son apport à la société. - Ces critères renvoient à la qualité morale ou à la valeur sociale des candidats. Ils excluraient le fumeur, l'alcoolique! Ils privilégieraient la personne saine sur l'handicapé mental, le travailleur sur le chômeur, le professionnel sur le manuel, la personne mariée sur le célibataire, etc! - Cela est-il justifié? Et qui peut décider? Est-ce à la société de punir (!) l'alcoolique? Et vis-à-vis les vedettes du sport, de la télévision, etc. quelle serait la hiérarchie?
3. Favoriser les plus démunis. Si on ne veut pas tenir compte de la valeur sociale, ne pourrait-on faire le choix inverse? Les plus démunis ont toujours été défavorisés dans la vie, n'est-ce pas justice ici de les privilégier, d'exercer une sorte de discrimination positive? (Théorie inspirée de J. Rawls).

5. CHILDRESS, J.F., «Who shall Live when not all can live?» dans *Sounding: An Interdisciplinary Journal*, 53/4 (1970) 339-345; repris plusieurs fois ailleurs.

6. Voir OUTKA, G., «Social Justice and Equal Access to Health Care», dans *Journal of Religious Ethics* 2/1 (printemps 1974) 11-32; FRIED, Ch., «The extent of the Right to Health Care: Equal Access or a Decent Minimum», dans *An Analysis of Equality and Rights in Medical Care*, pp. 490-496; KEYSERLINGK, E.W. «L'allocation des ressources rares», dans *Le Caractère sacré de la vie*, Ottawa, CRDC, 1979, pp. 181-187.

4. Maximiser les interventions. Privilégier ceux qui ont plus de chances d'en profiter. Partir des statistiques et privilégier ainsi ceux qui ont plus de chances de survie. Mais d'où proviennent les statistiques? D'essais non limités. Les statistiques ne peuvent-elles pas changer? Oui, si on n'exclut pas à priori certaines catégories de gens. De toute façon, pourquoi quelqu'un qui a peu de chance serait-il exclu? Il en a quand même une.
5. En élargissant, on pourrait évoquer le principe: le plus grand bien pour le plus grand nombre. (Théorie inspirée de Bentham et Mill).
6. Devant les inconvénients que comportent tous les principes précédents, certains auteurs en viennent à proposer que le seul critère qui respecte la justice et l'égalité est celui du hasard. Il faut appliquer le principe: premier arrivé, premier servi. Ou encore, on s'en remet au triage au sort (voir Ramsey, Childress)⁷. Ce serait la seule façon de sauvegarder la dignité humaine en fournissant l'égalité des chances. Et ce serait la solution qui respecte le mieux le système de confiance médecin-patient et le dialogue avec la famille.
7. A l'extrême de l'éventail, un philosophe comme E. Cahn arrive à ce jugement désabusé: puisqu'il est odieux et toujours injuste de choisir, quand on ne peut traiter tous les patients, il est préférable de les laisser mourir tous.

Je connais peu de médecins ou de chirurgiens qui souscriraient à cette dernière théorie. Des juristes? Peut-être: certains sont tellement enclins à décrier tout ce qui peut paraître discrimination, arbitraire, favoritisme, paternalisme médical. A moins qu'ils ne se rabattent sur la sixième théorie, le hasard. Mais là encore, je ne crois pas que beaucoup de médecins et chirurgiens les suivraient. De toute façon, cette théorie de la justice est-elle meilleure?

PRATIQUE QUEBECOISE EN CARDIOLOGIE

Je ne prétends aucunement ici être exhaustif. Je n'ai pas fait d'enquête scientifique. J'ai simplement consulté quelques médecins (cinq) et infirmières (deux) dans trois unités de cardiologie de la région de Montréal.

7. CHILDRESS, J.F., supra note 5.

Je ne vise donc pas à donner une image fidèle de tout ce qui se fait; mais plutôt à aider à poser le problème éthique correctement.

On pourrait distinguer trois volets à cette pratique: le processus, les critères, les priorités.

1. Le processus. Comment se fait le choix des patients? Comment se confectionne la liste d'attente? Nulle part, il n'y a de politique ou de protocole écrit. On fonctionne sur l'implicite et en cherchant un consensus.

En certains endroits, il y a des réunions fréquentes de discussion de cas. Parfois, il s'agit de réunions statutaires, à tel jour et à telle heure de la semaine. On y traite du choix des traitements, des priorités, du suivi. Participent aux réunions des cardiologues et des chirurgiens évidemment; parfois un psychiatre; en un endroit, une infirmière.

Malgré l'allure collégiale du processus, il m'a semblé que le directeur de l'unité de chirurgie tenait une place privilégiée dans les décisions. De toute façon, certains changements interviennent par la suite, j'y reviendrai.

2. Les critères. Sur quels critères se base-t-on pour retenir ou rejeter un candidat à telle chirurgie ou greffe? D'abord sur des facteurs médicaux évidemment, qu'il s'agisse d'indications ou de contre indications médicales. Ainsi ne retient-on pas celui qui a une angine instable avec bronco; celui qui a eu un cancer de poumon, il y a trois ans. On évalue encore certains facteurs de risque: diabète, cholestérol, haute pression, habitude de fumer, etc.

Ensuite, entrent en ligne de compte des facteurs psycho-sociaux. Parfois ces facteurs aident à évaluer la capacité du patient de passer à travers l'opération, ses chances de récupérer. D'autres fois, ils sont indépendants du facteur médical. Quelques exemples d'exclusion: schizophrénie, dépression, absence de volonté de coopération (peu de goût de vivre, peu de discipline à prendre les médicaments prescrits, oubli de visite, etc.). Quelques exemples d'inclusion: un vieux monsieur isolé dont la femme est elle-même malade (la greffe permet plus d'autonomie que le régime de médicaments), une personne démunie financièrement (pour qui l'achat de médicaments est plus problématique que la greffe payée par l'assurance-maladie).

La tendance reste d'éliminer le moins possible de personnes susceptibles de profiter d'une greffe ou d'une autre chirurgie. L'ordre de

priorité sur la liste d'attente et l'entrée par urgence se chargeront de déterminer les élus.

3. Les priorités. Comment établit-on la liste d'attente? Selon quelle priorité? Globalement, on déclare que la priorisation se fait d'abord selon la connaissance de l'évolution de la maladie et de l'histoire du patient, puis selon la mission explicite de l'institution.

Concrètement cependant cela ne suffit pas. Il faut préciser davantage. Le point de départ me semble être l'ordre d'arrivée. Ensuite joue la gravité des cas et l'urgence d'intervenir. Le besoin personnel du patient pourra éventuellement être pris en considération. Exemple: pour une greffe de coeur, on privilégiera un travailleur manuel de 50 ans qui aura besoin de faire des efforts à un retraité qui peut se satisfaire de médicaments permettant une vie rangée. Entre deux patients qui ont le même besoin, on choisira parfois en fonction de l'âge. Exemple: on privilégiera celui de 50 ans plutôt que celui de 65. Une situation sociale particulière peut être prise en considération. Exemple: une personne qui vient d'une région éloignée: plutôt que de la renvoyer chez elle après diagnostic et de la faire revenir plus tard, on l'acceptera immédiatement à la greffe. Parfois un médecin ira plaider le cas d'un de ses patients auprès du chef d'unité pour que celui-ci devance l'entrée du patient à cause d'un changement d'état de santé!

Enfin interviennent les urgences qui bousculent l'ordre de priorité prévu. J'ai déjà dit que dans une unité de Montréal 90% des patients en attente de chirurgie entrent à l'hôpital en urgence. Ceux qui arrivent en urgence ont priorité sur ceux qui attendent même s'ils ont moins de chance de réussite. Souvent les personnes qui sont hospitalisées dans un hôpital sans unité de chirurgie interfèrent et passent avant ceux qui attendent à la maison.

En conclusion, on peut remarquer que les médecins sont très peu idéologues ou théoriciens. Ils sont concrets, pragmatiques. Ils essaient de tenir compte d'une foule de facteurs, ils suivent la vie. Leur pratique se rapproche de l'expérience américaine que j'ai décrite au début. - On pressent qu'elle pourrait donner lieu aux mêmes critiques -.

REPERES ETHIQUES

Peut-on améliorer la situation? Peut-on prévenir des abus? Peut-on mettre plus de justice et d'objectivité, sinon dans la pratique elle-même, au moins dans les justifications qu'on en donne?

Je rappelle que je ne parle pas ici de macro-éthique: je ne traite pas de la prévention, de la sélection des traitements, de la diminution des traitements non justifiés ... tous actes qui pourraient diminuer les coûts de la médecine et donc augmenter les ressources pour ceux qui en ont vraiment besoin. Mais uniquement de la sélection et de la priorité des candidats.

Que faire quand les facteurs médicaux sont insuffisants et les facteurs sociaux problématiques?

Je comprends très bien la réaction viscérale des médecins et des chirurgiens contre des approches théoriques qui, sous prétexte d'une justice abstraite, conduisent à l'irresponsabilité: pur hasard, loterie, ne traiter personne. Les médecins sont trop pratiques, ils savent trop le coût de toutes ces interventions, ils investissent trop en temps, en énergie, en émotion, pour se satisfaire de cette justice olympienne. Je suis d'accord avec eux. Et je me propose de rester sur leur terrain.

Lors du congrès organisé par l'OMS et le CIOMS en 1987 à Noordwijk, aux Pays-Bas, ce problème a été abordé. On n'est pas arrivé à des réponses précises: cela n'a surpris personne: l'unanimité est probablement impossible. Face aux transplantations d'organes, cependant, on a déterminé deux repères qui constituent une sorte de minimum:

- rejet des critères de race et de sexe;
- nécessité de rendre public les critères choisis et d'en discuter publiquement⁸.

Il me semble qu'il y a là deux pistes à développer et enrichir. Voici quelques suggestions à discuter.

1. Au niveau des critères. Il semble qu'il faille maximiser les facteurs médicaux:

- D'une part, refuser les critères de sexe et de race, mais aussi de langue et de religion, de même que ceux de valeur sociale et d'âge.
- D'autre part, maximiser les chances de succès. Cela implique de tenir compte:

. du meilleur pronostic médical,

8. BLAND, J., dans *Médecine et Hygiène*, Genève, 45^e année, no 1725 (25 nov. 87), 3389.

- . de l'espérance de vie (âge, habitudes de vie),
- . de la volonté du malade de coopérer,
- . de l'aide de l'entourage.
- Et calculer ces chances de succès individuellement. C'est-à-dire refuser les catégories rigides.

2. Au niveau du processus. Plus important que les critères, me semble-t-il, - et d'autant plus que les critères sont loin d'être mathématiques - importe le processus de décision lui-même. A ce propos deux éléments me paraissent essentiels:

- établissement de critères institutionnels, écrits, déterminés interdisciplinairement, et rendus publics. La composition du comité de travail devrait comporter, en plus des médecins un psychologue ou un psychiatre, un infirmier, éventuellement un travailleur social, un juriste, un éthicien, un ombudsman, un représentant du public.
- prise de décision collégiale et, encore ici, interdisciplinaire. Il faut le plus possible être démocratique et en donner l'image.

L'objectif est d'éviter l'arbitraire de la décision et les conflits d'intérêt. Plus positivement, il est de promouvoir la justice et l'égalité. Incidemment, il peut être aussi d'assurer une médecine «humaine» en prévenant que l'insatisfaction de certains patients ou de certaines familles n'entraîne des procès qui obligeraient par ricochet à développer une médecine défensive⁹. Cela serait dommageable pour tous.

9. L'insatisfaction des malades du coeur est difficilement évitable. Plusieurs malades en attente de chirurgie cardiaque sont désespérés, ils se sentent traqués, ils deviennent égocentriques. Tout refus leur paraît comme une injustice. D'où la pertinence de la réflexion sur les critères et le processus de sélection.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : MORAL RIGHTS AND CANADIAN COPYRIGHT REFORM: THE
IMPACT ON MOTION PICTURE CREATORS

Auteur(s) : Jonathan HERMAN

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : 407-432

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13562>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13562>

Page vide laissée intentionnellement.

MORAL RIGHTS AND CANADIAN COPYRIGHT REFORM: THE IMPACT ON MOTION PICTURE CREATORS

par Jonathan HERMAN**

Les droits traditionnels qui accordent à l'artiste le monopole sur l'exploitation financière de son oeuvre, sont maintenant complétés par l'expansion des droits moraux qui ont été introduits au Canada par la réforme de la Loi sur les droits d'auteur de 1988. Le concept des droits moraux est inspiré de la doctrine européenne selon laquelle l'art est une extension de la personnalité de son auteur. Ce concept inclut donc le droit à la divulgation, le droit à la paternité et le droit à l'intégrité de l'oeuvre artistique.

Ces nouveaux «droits de la personnalité» semblent applicables également à tous les artistes. Cependant, en pratique la disposition de la Loi qui permet la renonciation des droits moraux pourrait conséquemment diminuer la protection des employés-créateurs. L'auteur soumet que cette crainte est particulièrement présente dans les milieux artistiques de collaboration tel que la production cinématographique et ceci en raison de l'inégalité du pouvoir de négociation entre créateurs et producteurs.

The traditional rights of an artist to preserve his monopoly on the financial exploitation of his work, now take their place alongside newly expanded moral rights introduced by the reform of Canada's Copyright Act in 1988. Moral rights are inspired by the European doctrine that art is the extension of the creator's personality and they include the rights to divulge, to claim authorship and to maintain the integrity of artistic work.

These new «rights of personality» appear to apply equally to all artists. In practice, however, the Act's provision for waiving moral rights could lead to diminished protection for employee-creators. The author suggests that this is particularly true in the collaborative arts such as motion picture production where unequal bargaining conditions between creators and producers are likely to prevail.

*. Premier prix dans le cadre du Concours Chénier Picard 1989. Were it not for the generous advice and encouragement of Professor Marcel Dubé, this article would have met the same obscure fate of so many university term papers which have gone before it. It is to him that I express my sincerest gratitude.

**.. LL.B. (Université de Sherbrooke), Member of the graduating class of the Faculty of Law (Dalhousie University).

SOMMAIRE

INTRODUCTION	409
Part I The Framework for Moral Rights in Canada	411
1. Overview of the Moral Rights Doctrine	411
1.1 Nature of Moral Rights	412
1.2 Categories of Moral Rights	413
2. Moral Rights in Canadian Law	415
2.1 Adherence to the Rome Copyright Convention 1928	415
2.2 Reform of the Copyright Act	418
Part II Application of Reform on Motion Picture Creators	421
1. Condition: Motion Picture Work Must be Copyrightable	422
1.1 Notion of Motion Picture «Works»	422
1.2 Motion Pictures as «Collaborative Works»	423
2. Condition: Motion Picture Creator must be an «Author»	426
2.1 Consequences of Qualification of «Collaborative Works» in Canada	426
2.2 Role of Employment Contracts	429
CONCLUSION	431

INTRODUCTION

There is more at stake in the expression of a work than economic reward. Creative works are very much the expression of the personality of their authors. There is an identification between authors and their works. The Sub-Committee agrees with the many witnesses who stated that creators cannot be fully protected unless their moral rights are recognized and enhanced.

- A Charter of Rights for Creators¹

For creators who believe that society's need to exploit artistic endeavour must be tempered with the recognition that art is an extension of the very personality of the artist, this affirmation in 1985 by the House of Commons Sub-Committee on the Revision of Copyright is a welcomed statement of principle. Statements of this kind are not new in Canada. In 1977, Keyes and Brunet made similar declarations in support of the codification of moral rights for creators², as did the government's White Paper in 1984³. Nor was statutory inclusion of moral rights completely foreign to Canadian law before 1985. The right of an author, independently of his copyright, to claim authorship of his work as well as to restrain its distortion has been part of the Copyright Act since 1931⁴. After more than thirty years of discussion of how to adapt antiquated copyright legislation to a rapidly changing society, the Charter of Rights for Creators is particularly significant in that it became the direct precursor to long-awaited legislative change. During the summer of 1988, Parliament finally adopted its Act to Amend the Copyright Act⁵, and with it, a new set of moral rights for creators.

-
1. CANADA, A Charter of Rights for Creators: Report of the Sub-Committee on the Revision of Copyright, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1985, p. 6.
 2. A.A. KEYES and C. BRUNET, Copyright in Canada - Proposals for Revision of the Law, Ottawa, Queen's Printer, 1977, pp. 55-59. In fact, it was this report whose thrust in favour of creators' moral rights marked a significant departure from previous studies which suggested that such rights should be based more on contractual rather than statutory considerations. p. 55.
 3. CANADA, From Gutenberg to Telidon: A White Paper on Copyright, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1984, pp. 1, 25-27.
 4. Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 14(4), formerly R.S.C. 1970, c. C-30, s. 12(7).
 5. An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in Consequence thereof, R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.), formerly S.C. 1988, c. 15.

Although the reform deserves a warm round of applause, its proponents would do well to withhold any enthusiastic standing ovations for now, especially if they consider themselves to be moral rights «purists» or if they believe that all creators, particularly those employed in the motion picture industry, will benefit equally under the new law.

A general skepticism is warranted if one recognizes the apparent juxtaposition of this country's two legal traditions. Canada's copyright law is inspired, first and foremost, by the Anglo-American emphasis on the artist's economic right to profit from society's commercial exploitation of his creativity. The notion that the product of creative activity is a fundamental expression of one's personality and apart from whatever pecuniary benefits that may accrue to an artist, is absent from this legal tradition except to the extent that such rights of personality may find application in common law actions for injunction, defamation, negligence or breach of contract⁶. At the same time, the 1988 reform of the Copyright Act, in its repeal and replacement of s. 14(4), incorporates principles derived from the European tenets of the moral rights doctrine which explicitly codifies the concept of the extra-patrimonial nature of artistic expression. It is by examining the extent to which Canadian law embraces the European doctrine, that moral rights purists can assess the general impact of reform on creators' rights. This evaluation of the incorporation of moral rights doctrine in Canada will be the subject of the first part of my study in which I provide, in one section, an overview of the doctrine's basic concepts, drawing primarily on French law for illustration. In a later section, I assess the degree to which these concepts have been, and are now, part of Canadian copyright law.

The second part of my analysis will address the question of whether all creators will benefit equally under the moral rights provisions of the revised Copyright Act by focusing on creators in the motion picture industry. While the Act does not directly discriminate against any particular artists, the very nature of film production greatly

6. Arthur L. STEVENSON Jr., «Moral Right and the Common Law: A Proposal», in *American Society of Composers Authors and Publishers: Copyright Symposium*, No. 6, New York, Columbia University Press, 1955, pp. 92-107. In the United States, for example, the moral right to claim authorship of a work has been indirectly sanctioned by citing a film distributor for breach of contract for not acknowledging the producer of the film on promotional posters (pp. 98-99). The author also gives the example of an action for damages in tort for the modification of sculptures without the artist's permission (pp. 104-105). Whether the possibility for such recourse exists in Canada is doubtful, considering the general limitation on copyright actions as provided by s. 63 of the Copyright Act.

complicates the applicability of the moral rights contained therein. In order to illustrate the problems in the Copyright Act which affect motion picture creators, I will discuss the two conditions necessary for the exercise of moral rights: 1) that there must be a copyrightable «work» and 2) that the creator must be an «author» of the work. The notion of collaborative works and the role of employment contracts in the film industry will be central to the discussion. In this part I will refer to both the English and the French copyright laws for their solutions to some of the problems engendered by the nature of motion picture production.

Part I The Framework for Moral Rights in Canada

To what extent does the 1988 revision of the Copyright Act embrace the European theoretical model of moral rights? The first section will provide an overview of the moral rights doctrine by examining both the nature and the different categories of these rights. The introduction of moral rights in Canadian law with s. 14(4) of the Copyright Act as well as the recent modifications, will be examined in the second section.

1. Overview of the Moral Rights Doctrine

The relationship between the artist and society may be characterized in straightforward economic terms: society places demands on its members to share with it the fruits of their intellectual labour. Artists supply those demands; however, if society recognizes an artist's right of ownership of his intellectual work, he may set conditions and exact a price for the society's consumption of it. Copyright confers in the creator a monopoly to exploit his work in public for his own economic self-interest. Moral rights doctrine, on the other hand, begins with the premise that intellectual creation is a reflection of the originality of the spirit and personality of the author. Quite apart from the economic right to exploit one's work, the person and his creation are disassociable.

In his study of the evolution of the doctrine, Stig Stromholm situates the origins of the modern juridical notion of moral rights in nineteenth century France and Germany with the philosophical development of rights attaching to the person and after «la création d'un minimum de protection pour les intérêts patrimoniaux des

auteurs»⁷. The development of the notion of moral rights, however, is not only the product of pure theory, but it is as well a reflection of sociological change, as Jeffrey Meade points out in his brief summary on the rise of moral rights in Europe:

The recognition of an artist's moral rights may be seen then, as the product of the evolving relationship between the artist and his patron; that is from that of a craftsman who brought into being embodiments of the ideals and vision of his patron (more often than not the Church) to that of an individual who viewed his work as a form of self-expression. Concomitant to this was the changing relationship between the artist and his creation...⁸

It is the nature of this relationship to which I now turn.

1.1 Nature of Moral Rights

The fundamental characteristic of moral rights is that they are attached to the personality of the author. Stromholm underlines the central importance of this point:

En effet, le droit moral moderne pourrait être décrit comme le résultat d'une opération intellectuelle qui consiste simplement en l'adoption, à un moment donné, de la catégorie juridique des droits de la personnalité pour désigner l'ensemble des règles censées protéger les intérêts non patrimoniaux des auteurs⁹.

Kant believed that these extrapatrimonial «droits de la personnalité» would best be within the ambit of positive rather than natural law¹⁰. Of

7. Stig STROMHOLM, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale: étude de droit comparé*, Stockholm, P.A. Norstedt & Soners Forlag, 1967, pp. 256-259.

8. Jeffrey MEADE, «Moral Rights in Intellectual Property and the "Film Colourization" Debate: An Applied Study», (1988) 4 I.P.J. 63 at p. 68.

9. STROMHOLM, *op. cit.*, note 7 at p. 240.

10. *Id.*, pp. 244-245.

course, the multiplicity of moral rights legislation in the world bears him out, but more importantly, even the very nature of these rights are found in today's positive law. The French Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire artistique offers a clear example:

Art. 6. L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable et imprescriptible...¹¹

The fact that moral rights are perpetual, inalienable and indefeasible follows logically from the concept that they are attached to the person. In the words of Claude Colombet, «le droit moral s'attache à l'auteur comme la lueur au phosphore»¹². It is here that the nature of moral rights in the European tradition is distinguishable from economic rights. The latter are limited to a specific term, usually the life of the author plus fifty years from his death, whereas the former are unlimited in that they may be perpetually transmitted by succession. Moral rights are inalienable (and therefore unseizable) and cannot be waived¹³ while economic rights can be assigned. Lastly, moral rights are indefeasible in that they may be exercised by an author even after assigning his pecuniary rights «aussi longtemps que l'oeuvre survit dans la mémoire des hommes et fait l'objet d'une exploitation»¹⁴.

Having identified their principal characteristics according to the European model, it remains to examine the different categories of moral rights.

1.2 Categories of Moral Rights

There are essentially three broad classifications of moral rights which an author may exercise. First, he has the right to divulge his work. Second, he has the right to claim paternity of the work and third,

-
- 11. Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire artistique, no. 57-298 as amended by no. 85-660.
 - 12. Claude COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, Dalloz, 2ième éd., 1980, p. 136.
 - 13. *Infra*, pp. 13-14.
 - 14. C. COLOMBET, *op. cit.*, note 12 at p. 138.

the right to its respect and integrity¹⁵. I will deal with each of these in turn.

The right of an artist to divulge the product of his creativity is simply the ability to render his work available to the public or to keep it secret. Although this ability is consistent with the fundamental concept of rights attaching to the person, it is not difficult to confuse it with the basic economic right to publish. Given that the author has a monopoly of exploitation of his work which is the foundation of all copyright law, perhaps it can be said that the moral right to divulge exists even though the term «moral right» is nowhere to be found in the legislation. There is, however, an important distinction to be made in that the patrimonial right to publish cannot exist without the moral right of the author to render his work public. Colombet has this to say:

Le droit de divulgation conditionne, dans son exercice, la naissance du droit patrimonial; car c'est seulement en prenant la décision de livrer l'oeuvre au public que son auteur l'investit de droits patrimoniaux; avant la divulgation, l'oeuvre fait partie intégrante de sa personnalité; avec la divulgation, elle devient un bien patrimonial: des droits pécuniaires naissent à partir de ce moment¹⁶.

If an artist is invested with the moral right to make his work public, the corollary is that he also has the right to withdraw from the public a work already divulged. While an artist may have regrets about the publication of his work, the exercise of his right to withdraw it would not likely be absolute in that he would normally be required by law to indemnify the person into whose hands or under whose control the work has passed. Article 32 of France's Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire artistique is an example of this principle¹⁷.

15. The right to withdraw a work from the public is usually considered as a separate category; however, I have decided to group it with the right to divulge works, since the principles underlying these concepts are virtually identical.

16. C. COLOMBET, *op. cit.*, note 12 at p. 140.

17. Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire artistique, no. 57-298 as amended by no. 85-660. Article 32 reads as follows: Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque,

The second category is the artist's right of paternity over the work, or his right to claim authorship of his creation. It also includes the right not to be associated with the work by using a pseudonym or by remaining anonymous if the work is made public. Noteworthy is the absence of moral rights protection in cases where a person uses an author's name for a work that the author did not create¹⁸.

Finally, an artist has the moral right to protect the work from unauthorized distortion, mutilation or modification. Here again, the concept that an artist's creation is an expression of the uniqueness of his personality is inextricably linked to the principle that damage done to the work is actually an attack on the honour or reputation of the artist - damage to the person himself. Considering the upcoming analysis of the introduction of moral rights in Canadian law by virtue of the Rome Copyright Convention and s. 14(4) of the Copyright Act, for now, I will limit my comments on the right of integrity to these general parameters.

2. Moral Rights in Canadian Law

Until 1931, Canadian copyright law was solidly and exclusively anchored to the Anglo-American tradition of protecting the author's pecuniary interests. Moral rights doctrine, still based in Europe, had no place in Canadian legal thought although elements of it would be introduced when Canada sought to fulfill its international obligations under the 1928 Rome Copyright Convention. In this section, I will examine s. 14(4) of the Copyright Act and then evaluate the extent to which the European moral rights doctrine has been embraced by the reforms adopted in 1988.

2.1 Adherence to the Rome Copyright Convention 1928

Article 6 bis of the Rome Copyright Convention 1928 proved to be the legislative model for the introduction of the notion of moral rights in Canada. It reads as follows:

(1) Independently of the author's copy-right, and even after transfer of the said

postérieurement à l'exercice du droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son oeuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originairement choisi et aux conditions originairement déterminées.

18. S. STROMHOLM, *op. cit.*, note 7 at p. 140.

copyright, the author shall have the right to claim authorship of the work, as well as the right to object to any distortion, mutilation or other modification of the said work which would be prejudicial to his honour or reputation.

(2) The determination of the conditions under which these rights shall be exercised is reserved for the national legislation of the countries of the Union. The means of redress for safeguarding these rights shall be regulated by the legislation of the country where protection is claimed¹⁹.

Only two of the three moral rights included in the European conception of rights of the personality are contained in this article -the right to the paternity and the integrity of the work. Moreover, there is no mention at all of their fundamental nature. Despite reference to these rights existing independently of the author's copyright we will see that the section falls short of protecting authors bound by employment contracts. Furthermore, it leaves the door open in paragraph 2²⁰, for each nation to determine its own rules for exercising these rights, underscoring the obvious silence on the term during which the author may benefit, a noticeable departure from the perpetual character inherent in moral rights.

In 1931, Parliament incorporated the language of article 6 bis virtually word for word as part of its willingness to conform to its international obligations as a signatory of the Convention. With the adoption of the language came its limited scope as well:

14(4) Independently of the author's copyright, and even after the assignment, either wholly or partially, of the said copyright, the author has the right to claim authorship of the work, as well as the right to restrain any distortion, mutilation or other modification of the work that would be

19. The Rome Copyright Convention 1928, art. 6 bis, Schedule III, R.S.C. 1985, c. C-42.

20. Ibid.

prejudicial to his honour or reputation²¹.

Notwithstanding the section's apparent shortcomings, it has proven that although it «may well be a toothless tiger, its tail can still deliver a powerful whack»²² at least insofar as it applies the right to the integrity of the author's work, and this despite the fact that Canadian courts have had few opportunities to test its scope.

In one of the only reported cases in this matter, *Snow v. The Eaton Centre*, the artist was able to demonstrate, at least for the purposes of injunctive relief, that the defendant's decoration of his sculpture was a *prima facie* distortion which prejudiced his honour or reputation²³. The judgment implicitly recognizes the fundamental notion of the work as an extension of the artist's personality.

The essential test in order to grant relief under s. 14(4) is that the author must have suffered prejudice to his honour or reputation, and of course this is a subjective assessment the judge must make in appreciation of the facts and circumstances of the case. The court's subjectivity was equally apparent in *Patsalas v. The National Ballet of Canada* where a choreographer sought to restrain the direction by another choreographer, of one of the works he had created²⁴. He was unsuccessful in convincing the judge of the prejudice which would be caused to him should the ballet proceed²⁵. A similar question was raised in the case of a screenwriter in *Pollock v. CFCN Productions* although the court concluded that an injunction to restrain the showing of a film was justified on the grounds that a «serious question of law», namely the interpretation of s. 14(4) should be considered at trial²⁶.

While none of the cases shed light on the specific elements necessary to show prejudice to honour or reputation of the author, they are equally silent on the meaning of «distortion, mutilation or other modification» which is the other prong for moral rights remedy under s. 14(4). Although the terms suggest a catch-all for every type of change to the work, E. Colas argues that the moral right to integrity

21. Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 14(4).

22. David VAVER, «Snow v. The Eaton Centre: Wreaths on Sculpture Prove Accolade for Artists' Moral Rights», (1983-84) 8 C.B.L.J., p. 91.

23. *Snow v. The Eaton Centre*, (1982) 70 C.P.R. (2d) 105 (Ont. H.C.).

24. *Patsalas v. The National Ballet of Canada*, (1986) 13 C.P.R. (3d) 522 (Ont. H.C.).

25. *Id.*, p. 528.

26. *Pollock v. CFCN Productions Ltd.*, (1983) 73 C.P.R. (2d) 204 at p. 206 (Alta. Q.B.).

should include recourse for the destruction of the work, even in the case where the artist cedes his property rights to another by way of contract, and this despite the fact that the word «destruction» is not expressly part of s. 14(4)²⁷.

A final observation should be made about the person s. 14(4) seeks to protect. One of the deficiencies of this provision is that it seems to exclude authors who create works under employment contracts. The beneficiary of 14(4) is the author «independently of [his] copyright...». Thus, it follows that only those creators who are capable of owning copyright are deemed to be authors for the purposes of moral rights protection. Given that s. 13(3)²⁸ vests first ownership of a copyrighted work in the employer where the author was employed to create the work, it is inconceivable that the employee can claim a right to the integrity of the work any more than he can claim a right of paternity. Boncompain argues along the same lines:

Il ne semble pas que l'on puisse parler ici de cession. L'auteur naturel de l'oeuvre est, juridiquement, censé n'avoir jamais été titulaire du droit d'auteur. Il ne pourrait donc pas prétendre au bénéfice au paragraphe 7 de l'article 12²⁹.

This clear derogation from the moral rights doctrine appears to have been remedied with the 1988 reform of the Copyright Act, as we shall see in the next section.

2.2 Reform of the Copyright Act

The adoption of An Act to Amend the Copyright Act³⁰ is notable for, among other things, its recognition of the need to clarify and extend the narrow and somewhat weak attempt by s. 14(4) to

27. E. COLAS, «Le droit moral de l'artiste sur son oeuvre», (1981) 59 Can. Bar Rev. 521 at p. 532.

28. Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 13(3) reads as follows: «Where the author was in the employment of some other person under a contract of service or apprenticeship and the work was made in the course of his employment by that person, the person by whom the author was employed shall, in the absence of any agreement to the contrary, be the first owner of the copyright»...

29. Jacques BONCOMPAIN, *Le droit d'auteur au Canada: Etude critique*, Ottawa, Le Cercle du Livre de France Ltée, 1971, p. 277.

30. An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in Consequence thereof, R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.).

embrace the moral rights doctrine in Canada. Far from a perfect reflection of the European model, the Act does go a long way to confer wider rights for creators. The new s. 14.1 replaces 14(4)³¹ and reaffirms the author's right of paternity and of the integrity of the work, the latter subject to the general rules of infringement enumerated in ss. 28.1 and 28.2(1)(a) and (b), restrictions in ss. 28.2(3) and 64.1 as well as presumptions attaching to specific works in 28.2(2)³². The principle of the inalienability of moral rights is contained in ss. 14.1(2), (3) and (4)³³ although tempered by the right to waive moral rights as stipulated in the same sections. Despite the fact that s. 14.2 fills the gap caused by s. 14(4)'s silence on the term of moral rights, the new provision clearly derogates from the perpetual nature of the rights by limiting them to the same term as economic rights³⁴. Lastly, s. 34 now contains subs. (1.1) which lists recourses available for authors whose moral rights have been infringed³⁵.

It is not my intention here to undertake an exhaustive analysis of each of these provisions; however, a number of observations are in order. The first deals with the beneficiaries of moral rights under the new law, a subject I will return to when I examine the moral rights of motion picture creators³⁶. Section 14.1(1) is the foundation for the rights covered by the revision and it reads as follows:

14.1(1) The author of a work has, subject to section 28.2 the right to the integrity of the work and, in connection with an act mentioned in subsection 3, the right, where reasonable in the circumstances, to be associated with the work as its author by name or under a pseudonym and the right to remain anonymous³⁷.

The words «independently of the author's copyright» which we saw in the now repealed s. 14(4), are conspicuously absent, this despite the recommendation in *From Gutenberg to Telidon* to retain the wording³⁸. In my view, this amendment effectively removes the barrier previously

31. Id., ss. 3, 4.

32. Id., ss. 6, 11.

33. Id., s. 4.

34. Ibid.

35. Id., s. 8.

36. *Infra*, p. 15.

37. R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.), s. 4.

38. *From Gutenberg to Telidon*, op. cit., note 3 at p. 26.

faced by employees who could not benefit from moral rights since they could not have been endowed, as legal authors, with the right of ownership of copyright in a work. All that is now necessary is for a person to create a copyrightable work in order for him to be an author envisioned by s. 14.1(1). This reasoning takes on its full importance, when read with 14.1(2), the allowance for waivers, with respect to creators in the motion picture industry, for example, as well as in those sectors where creation under employment contracts is integral to the business.

Where the reform innovates is in s. 28.2 which provides the conditions upon which an author may institute proceedings for the infringement of his moral right of integrity:

28.2(1) The author's right to the integrity of a work is infringed only if the work is, to the prejudice of the honour or reputation of the author,
(a) distorted, mutilated or otherwise modified: or (b) used in association with a product, service, cause or institution.
(2) In the case of a painting, sculpture or engraving, the prejudice referred to in subsection (1) shall be deemed to have occurred as a result of any distortion, mutilation or other modification of the work³⁹.

Although it is evident that Parliament did not take into account Colas' call for the explicit inclusion of the right of recourse against the destruction of a work⁴⁰, it did adopt the 1985 Sub-Committee recommendation that authors be protected from unauthorized use of their work in advertising given «the realities of our consumer society»⁴¹. The presumption of infringement of the right of integrity in the case of unique works should also be a welcomed addition to the rights of artists.

To conclude this part of my study, I would suggest that the 1988 revision of the Copyright Act is a marked improvement over the half-hearted introduction of moral rights in s. 14(4) although it remains

39. R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.), s. 6.

40. E. COLAS, loc. cit., note 27.

41. A Charter of Rights for Creators, op. cit, note 1 at p. 7.

a considerable distance in some respects from the purists' conception of moral rights theory. Notable gaps include the waiveability of the rights and the term linked to that of economic rights. As for the absence of the explicit moral right in Canada to render a work public, I see no practical difference between that and the economic right to publish. Perhaps it is at the level of principle versus practicality that the European and Anglo-American traditions differ so markedly. Certainly, the juxtaposition of the two approaches in one law will pose the most interesting challenges of interpretation for intellectual property jurists.

I turn now to the narrower question of the applicability of the reform to creators in the motion picture industry.

Part II Application of Reform on Motion Picture Creators

The 1985 Sub-Committee's A Charter of Rights for Creators⁴² makes no declaration that all creators are created equal. The rights contained in the Copyright Act are destined, it is true, to provide for the general well-being of those among us whose talent is expressed in books, paintings, photographs, and so on. But the law which confers upon these people the economic and newly expanded moral rights protection to encourage them to exploit their activity, does not apply to everybody who puts pen to paper or light to celluloid. Our copyright legislation only protects creators who express themselves in a work specifically recognized by Parliament, and such creators must be «authors» of the work according to law. Thus, in order to answer the question «are creators better off after the expansion of moral rights in Canada?», we must first determine if they have created a copyrightable «work», and if they are «authors».

Situating the motion picture industry in the larger evaluation of moral rights reform is particularly interesting, not only because of the distinct treatment it receives in the law as a result of its special technological nature and connection with diverse types of expression, but also because of the interplay, generally speaking, between two of its central features: each production is the result of a multiplicity of creative input and the industry is big, capital-intensive business. The extent to which moral rights provisions will benefit creators in this business depends on 1) whether there can be a multiplicity of authors and 2) the strength of their bargaining power if they are employees in the business.

42. Ibid.

In the analysis which follows, I will first explore the nature of film productions as copyrightable «works». A second section will deal with the identification of «authors» as well as the consequences of employment relationships on moral rights protection.

1. Condition: Motion Picture Work Must be Copyrightable

We have already seen that in order for a creator to benefit from moral rights protection as defined in s. 14.1(1) of the Copyright Act⁴³, he must be an author of a work⁴⁴. In this part I discuss the general qualifications necessary for motion pictures or their constituent elements to be copyrightable works and I provide an overview of the idea that films are «collaborative works».

1.1 Notion of Motion Picture «Works»

Section 5(1) of the Copyright Act states that «... copyright shall subsist in Canada... in every literary, dramatic, musical and artistic work...»⁴⁵. Films that we see in movie theatres are likely to involve a number of these distinct works. The novel upon which a film is based, for example, would be copyrighted as a literary work; the musical score would be protected as a musical work and the choreography of a dance number would be protected as a dramatic work⁴⁶. But a film is more than disparate creative elements, rather, they also exist as whole entities, independent subjects capable of being protected by copyright law.

A motion picture may be protected as a dramatic or artistic work. The definition of «dramatic work» in s. 2 «includes... any cinematograph production where the arrangement or acting form or the combination of incidents represented give the work an original character»⁴⁷. If the film does not contain incidents that give the work an original character, «the cinematograph production shall be protected as a photograph»⁴⁸, and therefore, as an artistic work whose definition

43. R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.).

44. *Supra*, p. 12.

45. R.S.C. 1985, c. C-42.

46. R.S.C. 1985, c. C-42, s. 2 as amended by R.S.C. 1985, c. 10 (4th Supp.), s. 1(3). Note that a choreographic work now no longer needs to have a story line to be protected.

47. R.S.C. 1985, c. C-42, s. 2.

48. R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(e).

includes photographs⁴⁹. Canadian Admiral Corporation v. Rediffusion Inc. is the main authority on the evaluation of what gives a film an original character and thus, the distinction between films as dramatic or artistic works⁵⁰.

The categorization of films as one or another subject of copyright determines the type of economic rights the copyright owner may exercise according to s. 3 of the Act; however, there is another qualification which can be made for the purpose of ascribing authorship in copyrightable works in situations where contributions to the creation of a work have been made by more than one person. Given that motion picture productions usually involve the creative input of many people, it is relevant, for the determination of who may benefit from moral rights protection, to know if Canadian copyright law regards films as «collaborative works».

1.2 Motion Pictures as «Collaborative Works»

Jacques Boncompain points to two completely different meanings for collaborative works:

La collaboration peut être entendue de deux manières. Dans la première, plusieurs personnes contribuent à la réalisation d'une même oeuvre, chacune d'entre elles agissant dans le domaine qui relève de sa compétence. Ainsi, dans une oeuvre mélodramatique, l'une composera la musique, l'autre le livret. Dans la seconde, il n'y aura collaboration que si l'ensemble des personnes qui ont pris part à sa réalisation, ont agi de concert dans la composition de chacun de ses éléments⁵¹.

49. R.S.C. 1985, c. C-42, s. 2.

50. Canadian Admiral Corporation v. Rediffusion Inc. [1954] Ex. C. Can. 382. The court came to the conclusion that the passive filming of a spectator sport such as football, which requires no creative intervention, does not give the film an original character to place it outside the domain of photographs/artistic works and into the domain of dramatic works. It also concluded that broadcasting the game «live» was not a «process analogous to cinematography» and was therefore ineligible to be protected as a cinematographic production.

51. J. BONCOMPAIN, op. cit., note 29 at p. 154.

The contrast between the two concepts is striking and the application of one or the other has far-reaching ramifications. Those ramifications for motion picture creators will be the subject of an upcoming section; for now it is useful to look at which interpretation has been favoured in comparative law. I begin with France.

In order for a work to be classified as collaborative in France, only one condition is necessary as Henri Desbois points out:

... il suffit que des efforts distincts aient été appliqués à un but commun et que chacune des contributions ait été réalisée en contemplation des autres. C'est donc à la communauté d'inspiration et au mutuel contrôle qu'est attaché le critère de la coopération⁵².

In other words, collaboration is not restricted by a narrow requirement for absolute indivisibility of the artists' contribution to the point where one cannot distinguish one's efforts from another. The French copyright law is squarely in line with the tendency which allows for the divisibility of contributions but indivisibility of authorship:

Art. 9. Est dite oeuvre de collaboration, l'oeuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques.

Art. 10. L'oeuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs⁵³.

The law goes as far as to recognize cinematographic works (now included in the broader category of audio-visual works)⁵⁴ as collaborative efforts:

Art. 14. Ont la qualité d'auteur d'oeuvre audiovisuelle la ou les personnes

52. Henri DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 3ième éd., 1978, p. 165.

53. Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire artistique, no. 57-298 as amended by no. 85-660.

54. Loi relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle^{no. 85-660 art. 14}

physiques qui réalisent la création
intellectuelle de cette oeuvre.

Sont présumés, sauf preuve contraire,
coauteurs d'une oeuvre audiovisuelle
réalisée en collaboration;
1° L'auteur du scénario;
2° L'auteur de l'adaptation;
3° L'auteur du texte parlé;
4° L'auteur des compositions musicales
avec ou sans paroles spécialement
réalisées pour l'oeuvre;
5° Le réalisateur⁵⁵.

As we can see, the classification of motion pictures as collaborative works, has an enormous impact on the ownership of moral rights in France. Any creator on a production, therefore, can benefit from the protection conferred by the copyright law, even those who are not specifically presumed to be creators by virtue of art. 14.

The English Copyright Act 1956, on the other hand, endorses the narrower approach and unlike the French law, makes no special accommodation for motion pictures within the ambit of collaborative works. Section 11(3) defines a work of joint authorship as «a work produced by the collaboration of two or more authors in which the contribution of each author is not separate from the contribution of the other author or authors»⁵⁶. Canada's Copyright Act uses wording which is virtually identical⁵⁷. Although Harold Fox's reliance on *Levy v. Rutley* would seem to leave open to interpretation the question of whether films could be works of joint authorship («the contribution need not be equal and different portions may be the sole productions of either one»)⁵⁸, I cannot see how the wording in the English and Canadian copyright laws can be taken in any way other than in the restrictive sense. I agree with Boncompain on this point:

55. Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire artistique, no. 57-298 as amended by no. 85-660.

56. Copyright Act 1956, 4&5 Eliz. 2, c. 74, s. 11(3).

57. R.S.C. 1985, c. C-42. S. 2(u) reads as follows: «"works of joint authorship" means a work produced by the collaboration of two or more authors in which the contribution of one author is not distinct from the contribution of the other author or authors».

58. Harold G. FOX, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Design*, Toronto, The Carswell Company Ltd., 2nd ed., 1967, p. 244.

... semblerait devoir décider que l'oeuvre cinématographique n'est pas une oeuvre de collaboration. Même si le producteur intervient dans le choix des créateurs et la composition du scénario, il est généralement possible de distinguer la part qui revient à chaque auteur⁵⁹.

The qualification of cinematographic productions cannot, however, be dismissed as works of joint authorship at this point since the matter is not yet settled in law. As the next section will demonstrate, the choice of solution to this problem could have an important impact on the prospects of creators in the motion picture industry who hope to benefit from the new moral rights provisions.

2. Condition: Motion Picture Creator must be an «Author»

Unless the creator is an author within the meaning of the Copyright Act, he cannot hope to take advantage of the moral rights contained therein. This section will take a closer look at the consequences of whether or not we can apply the notion of collaborative works to film production, and in a second part, will examine the impact of contractual relationships between creators and producers on claims of authorship.

2.1 Consequences of Qualification of «Collaborative Works» in Canada

We have already seen that French law singles out film productions and other audio-visual works as being appropriately classified as works of joint authorship in the wide sense of the term. One way to highlight what would be the consequences for the non-recognition of films in Canada as works of the same kind, is to look at how comparable systems actually work in practice.

In England, the consequences are relatively straightforward. Under the Copyright Act 1956, copyright in a film vests in only one person: the «maker» of the film who is defined as «the person by whom the arrangements necessary for the making of the film are undertaken»⁶⁰. The deliberate denial of the notion of collaborative

59. J. BONCOMPAIN, op. cit., note 29, p. 158.

60. 4 & 5 Eliz. 2, c. 74, s. 13.

works for film production combined with the conferral of copyright ownership in the producer, is in marked contrast with the solution in France whose application underscores the fundamental competition between public policy objectives.

The Loi du 11 mars 1957 contains a comprehensive set of rules for film production which, when viewed as a whole, points to a dilemma involving the balance between the personal moral rights of an author as an individual creator according to the entrenched European moral rights doctrine, and the collective rights of coauthors to see the fruits of their common creative goals become reality. In other words, the particularity of collaborative works demands that the rights of the personality of each individual contributor be mitigated in favour of the group effort to see its work through to completion without the overhanging threat of disruption for the sake of individual rights. This limitation of moral rights is precisely the purpose of arts. 15 and 16 of the law which prevents one of the authors enumerated in art. 14. (or art. 17, if the producer has creative input) from obstructing the completion of a film to its «standard copy», by reason of his desire to exercise a moral right contained in art. 6⁶¹. Even once a film is completed, a coauthor intent on exercising his recourse must be sure to have just cause, since his obstruction could lead to an action in damages against him⁶².

Just before the adoption of the new law, French courts ruled that while two artists working on an animated cartoon were indeed coauthors of a collaborative work, they could not abuse their moral rights without good and sufficient reason in order to halt production on the film. The Cour d'Appel de Paris said the following in 1953:

Considérant [qu'à] la différence du
peintre, du sculpteur, de l'écrivain, les
auteurs d'un film de dessins animés
rencontrent devant eux des droits de
collaborateurs sans doute plus

61. Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire artistique, no 57-298 as amended by no. 85-660.

62. Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire artistique, no. 57-298 as amended by no. 85-660, art. 16.

modestes qu'on ne saurait cependant méconnaître.

Considérant que le droit moral des auteurs d'un film, incontestable, indéniable et auquel un grand respect est dû, trouve cependant sa limitation dans le droit de ceux qui ont formé équipe avec eux et sans lesquels leur oeuvre serait vaine⁶³.

Thus, French legislators in 1957 recognized that it was possible to reconcile the fact that film creators, although entitled to rights of coauthorship in collaborative works, could not abuse the moral rights with which they are also endowed. Danièle Huet-Weiller pinpoints the reasons why film producers are wary, not so much of moral rights in and of themselves, but rather of seeing them combined with the notion of collaborative works in the industry:

The risk of abuse increases with the number of participants and it would seem even more serious since a work for the cinema ... is at the same time a commercial and industrial enterprise with considerable sums at stake. This explains why distrust of the moral right is manifest above all in cinematographic circles⁶⁴.

She outlines the alternatives proposed by the producers in the industry:

The cinematographic work should be considered as a commissioned or collective work and authorship attributed to the person physically or morally responsible for taking the initiative. Such arguments have won

63. Société Les Gémeaux v. Prévert et Grimault, (1954) 2 R.I.D.A. 102 at p. 103 (Cour d'appel de Paris). See also Grimault et Prévert v. Société Les Gémeaux, (1956) 13 R.I.D.A. 161 at p. 166 (Cour d'appel de Paris).

64. Danièle HUET-WEILLER, «Abuse of Copyright as Regards Cinematographic Works», (1966) 48 R.I.D.A. 123 at p. 128.

over the legislators in certain countries
(In Great Britain in particular...)⁶⁵.

From this perspective, then, we can begin to see the consequences of the inapplicability of the notion of collaborative work for film productions. If the Canadian inspiration for copyright law is anchored in principles based first and foremost on the economic exploitation of artistic endeavour, such principles originating primarily in England, the motion picture creator who seeks the title of «author» must either be an independent producer or he must rely on his bargaining power in the job market for any hope of exercising moral rights.

On the other hand, in the event that films may be classified as collaborative works as they are in France, then the prospects of a creator benefitting from moral rights in the Copyright Act are much improved. Subject only to contracts of employment, which will be the subject of the next and final part of my study, these creators need only establish that they participated in the creative process even if their contribution is distinct from that of the other artists involved in the production. Such creators would then be considered «authors» within the meaning of the Act.

2.2 Role of Employment Contracts

We have seen that in England, at least, the ownership of copyright in a film is vested in the producer alone. The Canadian Copyright Act is silent on the matter; however, Fox asserts that the same is true for films in Canada: films protected as photographs or as dramatic works have copyright vested in the producer⁶⁶. In the normal course of affairs, the production company is the employer of creators in the film industry such as writers, directors and so on; thus, it is upon the employer-employee relationship that moral rights protection will largely depend, regardless of the solution to the problem of qualification of films as collaborative works.

It is here that the juxtaposition of the European moral rights doctrine with the Anglo-American tradition finds its full significance. In an earlier discussion I referred to what I believe is one of the most positive of the revisions to the Copyright Act - the removal of the qualification that authors have moral rights «independently of [their]

65. Id., p. 130.

66. H. FOX, op. cit., note 58 at pp. 175-176.

copyright»⁶⁷. In light of this change I reasoned that creators who produced works while employed could now retain the moral rights which, under s. 14(4), had not been available to them as long as the employer was deemed to be the first owner of copyright⁶⁸. If I am correct, then employees for whom creative activity is part of the job do not now have to clamour about the distinction between contracts of service and contracts for services insofar as their moral rights may be threatened⁶⁹.

If authorship for the purpose of moral rights protection can still be retained despite employment contracts, then motion picture creators actually have nothing to fear. Or do they? After all, there seems to be no need to have film productions classified as works of joint authorship. Yet it is for the same reason that Canada's Copyright Act, if it indeed follows the example of the English legislation, seems not to recognize films as works of joint authorship, that the moral rights doctrine will likely not have the same import as it does in Europe. This quotation from A Charter of Rights for Creators is revealing:

Freedom is vital to the creative environment. Concerns expressed that hard-pressed and non-established creators may be tempted to give away too much control over their works are well meant, but lead to undesirable constraints⁷⁰.

The Sub-Committee does not specify what these «undesirable constraints» are; however, this sentiment is the backbone of the justification that moral rights enumerated in the reformed Act can be waived. The marked difference between Canadian and European brands of moral rights is typified by a 1970 French case, *Luntz v.*

67. *Infra*, pp. 12-14.

68. On this point I respectfully differ with Lesley Harris who believes that moral rights, being unassignable, were still retained by the employee under s. 12(7) (now 14(4)). cf Lesley E. HARRIS, «Ownership of Employment Creations», (1985) 23:2 *Osgoode Hall L.J.* 275.

69. The distinction is still relevant, however, if economic rights are at stake. See *University of London Press Limited v. University Tutorial Press Limited*, [1916] 2 Ch. 601, *Stevenson Jordan and Harrison Ltd. v. Macdonald and Evans*, [1952] 1 T.L.R. 101 (C.A.), and *Beloff v. Pressdam Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 241 (Ch.).

70. A Charter of Rights for Creators, *op. cit.*, note 1 at p. 7.

Productions Fox Europa where the court ruled that a film director's waiver of his moral rights in an employment contract was illegal and against public order⁷¹. Had the Canadian case of *Fuller v. SC Entertainment* been heard in France, a similar clause would likely have been struck down by the reasoning⁷². It is evident that in Canada, at least, the fundamental rights of the person as defined by European moral rights doctrine, will be a matter of negotiation between buyers and sellers of creative work. The pressure on creators to bargain away rights in the collaborative arts, such as the motion picture industry, will be that much greater.

CONCLUSION

The practical effects of the 1988 reform of Canada's Copyright Act may not be felt for some time; however, the clarification and extension of the existing moral rights contained in s. 14(4) should be welcomed by most members of the nation's creative industries. True, Canada is far off from embracing the European moral rights doctrine in its integrity and by saying as much I do not suggest that that is necessarily the desirable route to take. Ultimately, the direction is a matter of public policy choices, and after more than thirty years, our legislators have finally made theirs. With the few recent exceptions, much of our Copyright Act is still a verbatim reproduction of that which exists in England and it would not be surprising if the thrust of that law continues to be influential in Canada.

Although most proponents of moral rights in Canada can conclude that creators are better off under the new law, considering the broader range of recourses and cause for recourse now available to them, quite apart from the usual economic sanctions, employee-creators may not be so fortunate in practice. For these individuals, particularly the ones who work in the motion picture industry, the Charter of Rights for Creators held a lot of promise but may have fallen short on delivering the equal treatment for which most Charters of Rights are revered.

71. *Luntz v. Productions Fox Europa*, (1970) 64 R.I.D.A. 180 (Trib. de Grande Instance de Paris).

72. *Fuller v. SC Entertainment Corp et al.*, (1987) 18 C.P.R. (3d) 555 (F.C.T.D.).

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS S'APPLIQUE-T-ELLE À L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE?

Auteur(s) : René PÉPIN

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : 433-445

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13563>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13563>

Page vide laissée intentionnellement.

LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTES S'APPLIQUE-T-ELLE A L'UNIVERSITE DE SHERBROOKE?

par René PEPIN*

Depuis son adoption en 1982 la Charte canadienne des droits et libertés¹ a un impact de plus en plus grand dans la vie des Canadiens. On a pu craindre initialement² qu'elle ne soit interprétée très étroitement, comme ce fut le cas pour la Déclaration canadienne des droits³. Mais les tribunaux ont vite établi qu'il s'agissait d'un document fondamental, appelé à avoir un grand impact dans tous les domaines juridiques. Cette prévision allait se réaliser au point où de nos jours certains croient que l'on est tombé dans un excès: la Charte serait devenue une obsession nationale. Il n'y aurait presque plus de litiges se rendant en Cour suprême dans lesquels une disposition de la charte ne serait pas invoquée au moins indirectement⁴.

La charte ne s'applique pourtant pas à tous égards. Son champ d'application est précisé à l'art. 32(1):

«La présente charte s'applique:

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

La partie de l'art. 32 visant les parlements ne pose pas de difficultés. La composition du parlement fédéral et du parlement québécois

*. Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.
1. Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11.
2. Sur les craintes initiales concernant son interprétation, cf. inter alia M. Manning: *Rights, Freedoms and the Courts*, Toronto, Emond-Montgomery, 1983, c. 2.
3. L.C. 1985, Appendice III.
4. Ainsi par exemple dans le premier volume du recueil des décisions de la Cour suprême pour 1989 environ 30% des arrêts impliquent directement la Charte. Si on ajoute les décisions sur d'autres questions de droit constitutionnel (partage des pouvoirs) le pourcentage dépasse 40%.

est spécifiée dans la Loi constitutionnelle de 1867. On sait que seuls les parlements peuvent adopter des lois. L'art. 32(1) signifie donc que toute loi, fédérale ou provinciale, doit respecter les prescriptions de la Loi constitutionnelle de 1982, sous peine d'être déclarée invalide⁵. Ce qui pose un problème beaucoup plus grand est le fait que cette disposition ne spécifie pas le sens du mot «gouvernement». Ce terme est entendu, en droit administratif, dans un sens très large. Il comprend tout ce qui ne peut se rattacher au pouvoir législatif ou au pouvoir judiciaire. On dira ainsi que l'expression «le gouvernement» comprend non seulement ce qui l'est évidemment, c'est-à-dire le représentant de la Reine et le Cabinet, mais aussi les ministères, les sociétés de la Couronne, tous les organismes para-publics appelés «conseil», «office», «commission», «régie», etc. Il faudrait aussi inclure dans le pouvoir exécutif les commissions scolaires, les hôpitaux, les villes, et même les corps policiers et les prisons, puisqu'on ne peut certes pas dire qu'ils font partie du pouvoir législatif ou judiciaire.

Il s'agit donc de déterminer si c'est là le sens qu'on a voulu donner à l'art. 32 au mot «gouvernement». Cette question n'est pas purement théorique. Selon la réponse qu'on y apportera, on conclura que les universités, et particulièrement l'Université de Sherbrooke, sont ou ne sont pas touchées par la Charte. Et cela est lourd de conséquences. Si on dit que la Charte s'applique à notre université, cela voudrait dire que la validité d'un règlement du conseil d'administration pourrait être attaquée parce que discriminatoire à l'égard des femmes, par exemple. Un étudiant expulsé par l'université pourrait peut-être soulever qu'il n'a pas bénéficié de la présomption d'innocence prévue à l'art. 11(d) de cette loi. Une clause d'atelier fermé⁶ dans une convention collective pourrait être jugée contraire à l'art. 2(d) concernant le droit d'association. Même les contrats passés entre l'Université et ses fournisseurs devraient être rédigés en tenant compte des droits et libertés contenus dans la Loi de 1982. On pourrait multiplier facilement ces exemples de situations bien concrètes où la Charte aurait un impact. Si on devait conclure au contraire que la Charte ne s'applique pas à l'université, toutes les personnes mentionnées dans nos exemples n'auraient pas la possibilité de l'invoquer. Elles ne seraient peut-être pas sans recours aucun: dans plusieurs cas on pourrait faire appel à la Charte québécoise des droits et libertés⁷. Mais ce qui est bien certain est que la Charte canadienne ne leur serait d'aucun secours.

5. En vertu de l'art. 52(1) de cette loi.

6. Une clause à l'effet que l'employeur ne peut embaucher qu'une personne déjà membre du syndicat.

7. L.R.Q. c. C-12.

Afin de préciser la signification de l'art. 32(1)(b) nous allons analyser d'abord la décision de la Cour suprême traitant des principes généraux d'interprétation de cette disposition. Nous examinerons ensuite les quelques arrêts rendus par les tribunaux sur la question spécifique de l'application de la Charte aux universités. Nous pourrions enfin, en appliquant ces critères, voir si l'Université de Sherbrooke doit être considérée comme visée par la Charte.

1 - Principes fondamentaux

C'est en 1987 que la Cour suprême, dans l'affaire *Dolphin Delivery*⁸ a eu l'occasion de s'exprimer sur la question de l'application de la Charte. Il s'agissait d'une décision très importante car elle allait à l'encontre de tout un courant de pensée en doctrine à l'effet que la Charte touchait l'ensemble des relations juridiques entre citoyens, même si ni le Parlement ni le gouvernement, fédéral ou provincial, n'étaient impliqués de quelque façon dans ces liens juridiques⁹. Les faits dans cette affaire sont relativement complexes mais ils méritent d'être résumés de façon à ce qu'on puisse mieux saisir le sens de la question que la cour devait trancher.

La compagnie *Dolphin Delivery* offrait dans la région de Vancouver un service de messageries. Elle avait dans le passé fait affaires avec *Purolator Ltd.* en effectuant pour son compte des livraisons dans la région qu'elle desservait. Au moment du litige elle faisait affaires de la même façon avec *Supercourrier Ltd.* Le syndicat appelant, le Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, représentant les employés de *Purolator*, était en grève. Il a estimé que les 3 compagnies étaient liées, de sorte qu'il a voulu envoyer des membres faire du piquetage devant les bureaux de *Dolphin Delivery*. Pour empêcher cela, la compagnie a cherché à obtenir une injonction. La question qui s'est posée au juge de première instance touchait surtout le domaine des relations de travail: la compagnie pouvait-elle obtenir cette injonction? Le Code canadien du travail, applicable en

-
8. S.D.G.M.R. c. *Dolphin Delivery Ltd.*, (1986) 2 R.C.S. 573, (1987) 71 N.R. 83 (C.S.C.). Cette décision a suscité de nombreux commentaires, notamment: R. Howse, «*Dolphin Delivery: the Supreme Court and the Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law*», (1988) 46 U. of Toronto Fac. L. Rev. 248; G.P. Crann, «*How Far Does the Charter Reach? A Theoretical Review of the Section 32(1) Debate and Canada's Emerging "Governmental Action" Doctrine*», (1988-89) 47 U. of T. Fac. L. Rev. 156; B. Slattery, «*The Charter's Relevance to Private Litigation: Does Dolphin Deliver?*», (1987) 32 McGill L.J. 905; P.W. Hogg, «*The Dolphin Delivery Case: the Application of the Charter to Private Action*», (1987) 51 Sask. L. Rev. 273; G. Otis, «*The Charter, Private Action and the Supreme Court*», (1987) 19 Ottawa L. Rev. 71.
 9. Le juge McIntyre fait un survol de ces écrits aux pp. 593-97 de sa décision.

l'espèce, est muet sur la question du piquetage secondaire. Il fallait donc se tourner vers la jurisprudence, en l'occurrence la common law de Colombie-Britannique, pour voir si la compagnie pouvait trouver un fondement à sa demande. On a identifié en common law la notion d'«incitation à la rupture d'un contrat», qui était peut-être applicable. C'est là que la question s'est élargie et a impliqué la Charte: le syndicat a prétendu que la règle tirée de la jurisprudence était invalide parce que contraire à sa liberté d'expression, protégée dans la Charte. La question est donc devenue double: il fallait déterminer si la Charte était applicable à la common law, i.e. si on peut contester en se fondant sur elle une règle ou un principe dégagé par les tribunaux, et, surtout, si la Charte était applicable à un litige purement privé opposant une compagnie et un syndicat, où le Parlement et le gouvernement ne sont pas directement impliqués, vu que personne ne soulève la question de la validité d'une loi, ou d'un règlement, ou d'une décision de l'exécutif fondée sur la prérogative royale¹⁰.

Le juge McIntyre a rendu la décision de la majorité de ses collègues. Il a jugé le texte de l'art. 32 de la Charte déterminant pour répondre négativement à la question de savoir si elle est applicable aux litiges privés. A son avis, la Charte n'est applicable qu'aux parlements et aux gouvernements, ce dernier terme visant le pouvoir exécutif. La Charte ne s'applique à la common law que dans deux cas: d'abord, lorsque la Couronne appuie un agir sur la prérogative royale, qui trouve son origine dans la common law, et, ensuite, de façon très générale, dans l'obligation morale qu'auront les tribunaux d'élaborer, au cours de leurs décisions, des règles compatibles avec les valeurs incluses dans la Charte. Dans un passage crucial, il ajoute que la charte ne s'appliquera donc pas aux litiges privés, mais qu'«il est difficile de définir l'élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour rendre la charte applicable dans un litige par ailleurs privé»¹¹. Il précise sa pensée en écrivant que la charte:

«(...) s'appliquerait à plusieurs formes de législation déléguée, de réglementation, de décrets, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures (...). Lorsqu'une

10. Dans *Operation Dismantle c. La Reine*, (1985) 1 R.C.S. 441, 1985 18 D.L.R. (4th) 481, 59 N.R. 1 (C.S.C.) la Cour suprême a jugé que les gestes de la Couronne qui s'appuient sur la prérogative royale sont aussi visés par la Charte.

11. *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd*, supra, note 8 à la p. 599.

action gouvernementale est présente ou lorsqu'on l'invoque, et lorsqu'une partie privée l'invoque ou s'appuie sur elle pour entraîner la violation d'un droit, d'un tiers garanti par la Charte, la Charte s'appliquera. Toutefois, lorsque «A», une partie privée, actionne «B», une partie privée, en s'appuyant sur la common law et qu'aucun acte du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la Charte ne s'appliquera pas»¹².

Cette décision est très éclairante. Elle nous apprend qu'un certain degré d'implication de l'Etat est nécessaire pour que la Charte s'applique. L'art. 32 de la Charte est en quelque sorte un engagement pris par les parlements et les gouvernements de ne rien faire qui aille à l'encontre de certaines libertés fondamentales. Ils doivent donc être impliqués de quelque façon dans un litige pour que la Charte joue. Mais quel est ce degré d'implication nécessaire? On déduit de ce que le juge McIntyre écrit que toutes les lois sont visées par la charte, et tous les gestes posés par un organisme membre du pouvoir exécutif qui sont fondés sur un pouvoir apparaissant clairement dans la loi. A ce niveau, il n'est pas nécessaire de déterminer si le terme «gouvernement» vise seulement «la Couronne» ou non. On sait que la Charte s'applique à l'Université de Sherbrooke au moins à chaque fois que le conseil d'administration adopte un règlement ou pose un geste suite à une autorisation spécifique dans la loi. C'est qu'à ce moment, en cas de contestation, c'est l'activité du Parlement qui se trouve en jeu: c'est lui qui a donné tel pouvoir par loi à l'Université, et le tribunal devra vérifier si cette disposition de la loi est conforme à la Charte. Mais la décision est aussi essentielle car elle nous enseigne qu'il est inexact d'affirmer globalement que «la Charte ne s'applique pas aux litiges privés». Ce n'est pas inutilement que le juge McIntyre a écrit que la Charte ne vise pas les litiges «purement» privés. Ainsi elle va s'appliquer même aux litiges privés lorsque le demandeur s'appuiera sur une loi, ou un règlement, ou un décret, une ordonnance, un arrêté-en-conseil du Cabinet, dont la validité constitutionnelle est mise en doute par le défendeur. Il y a alors une implication gouvernementale suffisante dans le litige puisque le juge aura à déterminer la validité d'une règle émise par le parlement ou le gouvernement.

12. Ibid. aux pp. 602-03.

Mais cela ne résout pas toutes les questions. La décision *Dolphin Delivery* établit hors de tout doute que l'Université de Sherbrooke, comme toute université, est clairement visée par la Charte dans certaines circonstances, i.e. lorsqu'elle exerce un pouvoir qui lui vient de la loi. Mais est-elle visée par l'expression «le gouvernement», ce qui amènerait une application possiblement plus grande de la Charte? Et quelle serait l'étendue de cette application? ... Afin de déterminer le statut de l'université, pour savoir si elle est une «partie privée» au sens de la décision *Dolphin Delivery* ou une émanation du gouvernement, nous allons regarder les décisions qui ont scruté la nature du lien reliant les universités et les hautes instances gouvernementales.

2 - Critères élaborés par la jurisprudence

Il y a à l'heure actuelle environ une demi-douzaine de décisions ayant trait spécifiquement à l'application de la Charte aux universités. La plupart concernent des professeurs qui se voyaient forcés de prendre leur retraite en vertu d'une disposition de la convention collective¹³. Elles ont à peu près toutes utilisé des notions de droit administratif pour déterminer si une université fait partie du concept de «Couronne». Lorsque c'est le cas, la Charte s'applique automatiquement. Dans le cas contraire, il a fallu élaborer d'autres critères pour déterminer si la Charte allait quand même s'appliquer¹⁴.

Une première décision a été rendue en 1986 concernant l'Université de Toronto. Dans *Bancroft v. Governing Council of the U. of Toronto*¹⁵ des professeurs ont tenté d'obtenir de la «High Court» une injonction pour empêcher l'ambassadeur de l'Afrique du Sud de prononcer un discours lors d'une conférence devant avoir lieu sur le campus de l'université. Leur demande fut rejetée parce qu'ils n'avaient pas l'intérêt suffisant, mais surtout parce qu'ils s'appuyaient sur la Charte et qu'elle n'était pas applicable en l'occurrence. Selon la High Court, il ne suffisait pas que l'université soit financée par le gouvernement provincial et que celui-ci puisse nommer quelques membres du conseil d'administration pour que l'art. 32 de la Charte entre en jeu. Elle s'est appuyée sur les écrits du professeur Hogg selon

13. Cette question a été résolue par voie législative au Québec en 1982. La Loi sur l'abolition de la retraite obligatoire et modifiant certaines dispositions législatives, L.Q. 1982, c. 12 a modifié l'article 84.1 de la Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1 de façon à interdire pour tout travailleur, syndiqué ou non, la mise à la retraite forcée basée sur le seul critère de l'âge.

14. Sur les critères d'identification des organismes dits mandataires de la Couronne, cf. P. Garant, *Droit administratif*, Montréal, Yvon Blais, 1981 aux pp. 196-231.

15. (1986) 24 D.L.R. (4th) 620 (Ont. H.C.).

lequel les seuls organismes clairement visés par l'art. 32(1)(b) de la Charte sont le Cabinet, les ministères, les corporations de la Couronne et les organismes mandataires de la Couronne¹⁶. La Cour s'est appuyée aussi sur une décision de la Cour de l'Echiquier de 1950 dans laquelle le statut de l'Université de Toronto avait été résumé ainsi: elle administre ses propres biens, décide elle-même des programmes, des frais de scolarité, embauche le personnel dont elle a besoin, personnel qui ne fait pas partie de la fonction publique provinciale; elle peut exproprier, emprunter de l'argent, ériger des édifices, etc., sans consentement préalable du ministère de l'Education. La Charte ne s'appliquait donc pas parce que l'université n'entrait pas dans le giron du terme "gouvernement" et que personne ne soulevait l'invalidité d'une disposition de sa loi constitutive ou d'un règlement du conseil d'administration.

La décision est importante car elle nous révèle quel critère doit être utilisé: il faut regarder la force du lien existant entre les hautes instances gouvernementales et l'université. Plus ce lien est fort, i.e. plus le contrôle du Cabinet ou du ministère de l'Education est étendu, plus il y a de chance que l'institution d'enseignement soit visée par l'art. 32 de la Charte. En l'occurrence, le lien était trop ténu pour faire conclure raisonnablement que l'université était une émanation du gouvernement.

La décision de la «High Court» a été confirmée indirectement une année plus tard par la Court of Appeal d'Ontario. Dans *McKinney v. U. of Guelph*¹⁷ des professeurs de quatre universités ontariennes ont contesté leur mise à la retraite forcée. Ils ne pouvaient pas s'appuyer sur le Human Rights Code de cette province car l'article 4 de la loi, interdisant la discrimination fondée, inter alia, sur l'âge, était restreint par l'art. 9, qui définissait l'«âge» comme la période comprise entre 18 et 65 ans. Ils ont alors attaqué la validité de l'art. 9 du Code car non conforme à l'art. 15(1) de la Charte. La cour a étudié le problème en deux temps. Il fallait d'abord voir si la Charte s'appliquait directement aux universités et à leurs conventions collectives. Si non, il fallait voir si l'art. 9 du Code respectait ou non la Charte. Nous ne considérerons que la première partie de la décision de la cour, bien qu'il puisse être utile de mentionner que les professeurs ont perdu sur les deux tableaux.

La première question était donc de savoir si les universités font partie de l'expression «le gouvernement», On a repris les arguments

16. Constitutional Law of Canada, 12e éd., Toronto, Carswell, 1985 à la p. 672.

17. (1988) 46 D.L.R. (4th) 193 ((Ont. C.A.).

utilisés dans l'affaire précédente, mais en prenant soin de rejeter 2 prétentions des professeurs. Ceux-ci disaient que les universités faisaient partie du «gouvernement» du seul fait qu'elles avaient été créées par loi, et parce qu'elles exerçaient une fonction «publique». Sur le premier point, le tribunal dit qu'il faut distinguer entre l'exercice qu'un Parlement peut faire de ses pouvoirs, et la somme des pouvoirs qu'il accorde effectivement à l'organisme qu'il veut créer: ce n'est pas parce qu'un organisme est créé par loi qu'il devient pour autant une extension du «gouvernement». Sur le second point, la cour rappelle que la question n'est pas de savoir si un organisme exerce une fonction «publique» ou «privée», mais si cet organisme agit à la place et pour le compte du gouvernement. Il faut alors pour ce faire examiner la force du lien unissant les universités et les hautes sphères gouvernementales.

La Cour a insisté sur le fait que rien dans les lois ontariennes sur les universités n'était en conflit avec la Charte¹⁸. Les professeurs pouvaient prétendre être victimes de discrimination, mais les lois ne contenaient rien de plus qu'un pouvoir général pour les universités de contracter. Les lois ne traitaient pas de retraite obligatoire, et le texte des conventions collectives n'avait pas à être approuvé par des instances gouvernementales. Il n'y avait donc pas de lien suffisamment fort entre l'agir de l'Etat et les universités.

Le jugement est aussi intéressant car on a refusé d'importer ici la doctrine américaine du «State action», où on a estimé constituer des actions de l'Etat des agirs de corporations privées qui recevaient un accord au moins tacite des Etats. De l'avis de la cour, cette interprétation excessivement large du concept «State action» a été rendue nécessaire parce que les Etats se refusaient à adopter des lois anti-discrimination, ce qui laissait aux citoyens et compagnies carte blanche pour continuer à se comporter de façon discriminatoire. Or, cette problématique n'est tout simplement pas présente au Canada¹⁹.

A notre avis, le passage le plus novateur de la décision est celui concernant le fait que la loi ne traitait pas spécifiquement des conventions collectives. On a vu plus haut qu'en principe, un organisme qui exerce un pouvoir qui lui vient de la loi est soumis à la Charte. Cette règle risquait d'être dangereuse pour les universités, puisque, comme tout organisme administratif, elles n'ont pas d'autres pouvoirs que ceux que la loi leur accorde et doivent donc fonder

18. Ibid. à la p. 208.

19. Ibid. à la p. 213.

ultimement tout leur agir sur un élément quelconque présent dans la loi. Ici on voit qu'il n'est pas suffisant pour faire jouer l'art. 32 de la Charte qu'un organisme se fasse accorder un pouvoir général tel «s'engager contractuellement», ou «emprunter» ou «adopter des règlements concernant le régime des études». Il faut que dans la loi même se trouve directement identifié le pouvoir qu'une personne pourrait chercher à contester parce que non conforme à la Charte. En ce sens, les universités se trouvent largement immunisées vis-à-vis la Charte, puisque la plupart reçoivent dans leur loi constitutive des pouvoirs exprimés en termes très généraux.

En janvier 1988, la «Court of Appeal» de Colombie-Britannique a rendu deux décisions allant dans le même sens que l'affaire McKinney. Il s'agissait aussi d'une contestation de la politique de retraite obligatoire contenue dans le contrat collectif d'emploi. Dans *Harrison v. U. of British Columbia*²⁰ on a rappelé que le critère applicable était de déterminer si:

«the government exercises sufficient control over the university that the acts in question should be regarded as the government's acts»²¹.

On a jugé que l'université était assez dissociée du «gouvernement» au sens de l'art. 32 de la Charte, même si 80% de son financement venait de l'Etat, et 8 des 15 membres du Board of Governors étaient nommés par le lieutenant-gouverneur. L'université était même considérée un «employeur du secteur public» selon la Compensation Stabilization Act et un «organisme gouvernemental» selon la Financial Administration Act et donc redevable à l'Exécutif. On a plutôt jugé déterminant que l'université conservait toute son autonomie en ce qui concerne les critères d'admission, l'octroi des diplômes, les politiques académiques, les relations avec les personnels, etc. Rien n'indiquait que la politique de retraite obligatoire ait été imposée par la loi ou le gouvernement, ni qu'une autorité gouvernementale ait à l'approuver.

Dans *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*²² on est arrivé à une conclusion différente quant à l'application de la Charte, mais la situation factuelle était bien différente. Le Douglas College était clairement déclaré être un mandataire de la Couronne par le

20. (1988) 49 D.L.R. (4th) 687 (B.C.C.A.).

21. Ibid. à la p. 693.

22. (1988) 49 D.L.R. (4th) 749 (B.C.C.A.).

College and Institute Act. De plus, c'est le ministère de l'Education de cette province qui établissait les grandes politiques académiques et les contenus des cours. Le ministre de l'Education devait approuver lui-même tout règlement du conseil universitaire, et tous les membres de cet organisme étaient nommés par lui. Enfin, en vertu de la Compensation Stabilization Act un «commissioner» nommé par le gouvernement devait superviser la conclusion des conventions collectives, en appliquant des paramètres bien précis contenus dans la loi, et approuver les textes négociés.

Les principes qui se dégagent de notre brève revue de jurisprudence semblent enfin s'être cristallisés dans l'affaire Lavigne²³. C'est une décision de la «Ontario Court of Appeal»²⁴ concernant une contestation du pouvoir des syndicats d'utiliser à leur guise les cotisations syndicales. Monsieur Lavigne était professeur au Haileybury School of Mines, organisme faisant partie des «Colleges of Applied Arts and Technology», mis sur pied par la Ministry of Colleges and Universities Act. Les employés des «Colleges» sont, depuis les années 1970, des employés de la fonction publique provinciale et leurs négociations se font dans le cadre établi par la Colleges Collective Bargaining Act. La partie patronale est représentée par le «Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology» (le «Council of Regents»). Monsieur Lavigne prétendit que ses droits en vertu de l'art. 2(b) et (d) de la Charte sur la liberté d'expression et d'association étaient violés par la façon dont son syndicat dépensait l'argent des cotisations des membres. Il voulait que ces sommes d'argent soient consacrées exclusivement à des fins syndicales, telles la négociation de la convention collective et le paiement d'indemnités de grève aux membres. C'est ainsi que s'est posée la question de savoir si le «gouvernement» était impliqué dans la signature d'une convention collective.

En première instance²⁵ la «High Court» avait jugé assez rapidement que puisque le «Council of Regents» agissait au nom de la Couronne, la simple signature d'une convention collective suffisait pour impliquer «le gouvernement» dans le litige. Elle a ensuite étudié davantage la question de fond, i.e. le pouvoir constitutionnel des syndicats d'utiliser à leur guise l'argent des cotisations des membres.

23. Lavigne v. O.P.S.E.U., (1989) 56 D.L.R. (4th) 474 (Ont. C.A.).

24. Permission d'en appeler à la Cour suprême a été accordée le 8 juin 1989. Les affaires McKinney, Douglas College et Harrison se retrouvent toutes aussi devant la Cour suprême en 1989.

25. Re Lavigne and O.P.S.E.U., (1986) 29 D.L.R. (4th) 321 (Ont. H.C.). Cf. aussi la décision à (1987) Re Lavigne and O.P.S.E.U. (No 2), (1987) 41 D.L.R. (4th) 86 où la cour a spécifié quel remède elle allait accorder.

La «Court of Appeal» s'est penchée longuement sur la question de l'application de la Charte. Il était assez évident que le «Council of Regents» était englobé par le concept de «Couronne»: les membres étaient nommés par le lieutenant-gouverneur, le ministre de l'Education devait approuver la mise sur pied de nouveaux programmes de même que le texte des conventions collectives. Mais la Cour ajoute:

«... finding that the Council of Regents is a government body does not dispose of the question of whether the charter reaches the activities complained of in this case; it is necessary to find governmental action inconsistent with the rights and freedoms set out in the charter»²⁶.

Cela est conforme aux critères élaborés dans la jurisprudence antérieure. Un organisme gouvernemental ne serait pas visé automatiquement par la Charte dans tous ses gestes. La Charte s'appliquera en autant qu'il exerce un pouvoir qui lui est donné spécifiquement dans la loi. En l'occurrence, la «Court of Appeal» a noté que Lavigne ne s'attaquait pas à la validité constitutionnelle des articles du Colleges Collective Bargaining Act sur le pouvoir de signer une convention collective. Il ne prétendait pas non plus qu'était en soi invalide toute convention collective contenant une clause de cotisation syndicale obligatoire. Il s'en prenait plus précisément au pouvoir discrétionnaire du syndicat quant à l'utilisation de ces sommes. Le «Council of Regents» n'avait aucun droit de regard sur l'utilisation de l'argent une fois les sommes remises au syndicat. L'allocation ultérieure des argent était «a private activity by a private organization and hence beyond the reach of the Charter»²⁷. Il n'y avait donc plus lieu de considérer si les arts 2(b) et (d) de la Charte étaient respectés ou non.

3 - Le cas de l'Université de Sherbrooke

L'Université de Sherbrooke est régie essentiellement par quatre lois: la Loi relative à l'Université de Sherbrooke²⁸, la Loi concernant l'Université de Sherbrooke²⁹, la Loi sur les investissements

26. Supra, note 21 à la p. 490.

27. Ibid. à la p. 495.

28. S.Q. 1953-54, c. 136.

29. L.Q. 1978, c. 125.

universitaires³⁰ et la Loi sur les établissements d'enseignement de niveau universitaire³¹. La première de ces lois prévoit que l'Université va succéder à la corporation qui administrait le Séminaire St-Charles Borromée. La seconde reconnaît à l'Université de vastes pouvoirs de s'engager contractuellement, d'emprunter de l'argent de diverses façons, d'ester en justice, d'exproprier des immeubles, etc. L'article 3 de la loi permet au conseil d'administration de faire des statuts (i.e. des règlements) sur une foule de sujets, notamment la régie interne de l'université, la nomination, les fonctions, les devoirs et pouvoirs des officiers, agents et préposés de l'Université. La lecture des «statuts» révèle que les membres du conseil d'administration (recteur et vice-recteurs) sont nommés par le chancelier, qui est l'Evêque du diocèse de Sherbrooke.

Point n'est besoin de scruter davantage les lois constitutives de l'Université pour constater qu'elle n'est pas juridiquement un mandataire de la Couronne. Il n'y a tout simplement pas de contrôle gouvernemental suffisant pour soutenir cette prétention. Comme les autres universités québécoises, l'Université de Sherbrooke a une grande marge d'autonomie vis-à-vis le Gouvernement provincial, même si c'est lui qui lui fournit la plus grande partie de son financement. Elle décide essentiellement seule des programmes, des critères d'admission et de diplomation, elle négocie les diverses conventions collectives, etc.

Quelles en sont les conséquences vis-à-vis de l'art. 32 de la Charte? La jurisprudence nous a montré qu'elle n'est pas exemptée totalement de l'application de ce document. La Charte va jouer, selon l'arrêt *Dolphin Delivery*, chaque fois que sera contesté un geste ou une décision de l'Université qu'elle justifierait par une autorisation spécifique apparaissant dans une loi. C'est qu'à ce moment le parlement est impliqué, vu que c'est lui qui lui a accordé tel ou tel pouvoir. Il est important que le pouvoir ou l'autorisation apparaisse clairement dans la loi, car une simple autorisation générale n'implique pas le parlement d'assez près pour rendre la Charte applicable.

Mais y a-t-il plus? L'Université est-elle visée davantage par la Charte? Il faut probablement répondre par la négative à cette question. La jurisprudence des tribunaux des diverses provinces, au niveau des cours d'appel, va dans le même sens. Et il semble logique qu'elle soit confirmée bientôt par la Cour suprême³². Car pour renverser ces

30. L.R.Q. c I-17.

31. L.Q. 1989, c.18.

32. *Supra*, note 22.

décisions, la cour devrait donner un sens très étendu au terme «gouvernement», ce qui irait en partie à l'encontre de ce qu'elle avait jugé dans *Dolphin Delivery*. Il est vrai qu'on n'y a pas dit que «pouvoir exécutif» visait seulement la Couronne, mais les efforts de la cour pour préciser, un tant soit peu, le sens du mot «gouvernement» laisse voir qu'il existe une limite quelque part. Tout organisme membre du «pouvoir exécutif» ne ferait pas automatiquement partie du «gouvernement». Puisque les critères utilisés par la jurisprudence sont conformes aux principes généraux du droit administratif, on peut raisonnablement affirmer que l'Université de Sherbrooke n'est pas visée directement par la Charte dans chacun de ses gestes.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA RÈGLE DE DROIT AU SENS DE L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS : COMMENTAIRES SUR L'AFFAIRE *Slaight Communications Inc. c. Davidson* [1989] 1 R.C.S. 1038

Auteur(s) : Serge GAUDET

Revue : *RDUS*, 1989-1990, volume 20, numéro 2

Pages : **447-470**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13564>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13564>

Page vide laissée intentionnellement.

**LA REGLE DE DROIT
AU SENS DE L'ARTICLE PREMIER
DE LA CHARTE CANADIENNE
DES DROITS ET LIBERTES:
COMMENTAIRES SUR L'AFFAIRE
Slaight Communications Inc. c. Davidson
[1989] 1 R.C.S. 1038***

par Serge GAUDET**

*. Conférence prononcée à la Société de droit administratif du Québec, Hotel Quatre Saisons, le 8 mars 1990.

**. Avocat, Directeur de la recherche, McCarthy Tétrault (Montréal). L'auteur tient à remercier pour ses commentaires et conseils, Me Carole Tremblay.

SOMMAIRE

Introduction	449
I. Deux interprétations possibles de la notion de «règle de droit» de l'article premier de la Charte	455
II. Droit canadien	464
III. Analyse du concept de «règle de droit» dans Slaight	467
Conclusion	469

Introduction

Dans l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson*¹, la Cour suprême du Canada nous donne des indications très précises sur la marche à suivre lorsqu'une ordonnance d'un organisme administratif enfreint un droit ou une liberté protégés par la Charte canadienne des droits et libertés². Par ce bref commentaire, je tenterai de démontrer que, ce faisant, elle adopte une interprétation du concept de «règle de droit» de l'article premier de la Charte³ qui contredit celle préconisée jusqu'alors par la doctrine et les tribunaux canadiens.

Rappelons succinctement les faits pertinents. M. Davidson (ci-après «l'employé») était à l'emploi de *Slaight Communications Inc.* (ci-après «l'employeur») depuis trois ans et demi lorsqu'il fut congédié. Il déposa alors une plainte alléguant avoir été injustement congédié, laquelle fut renvoyée à un arbitre désigné par le ministre du Travail en vertu du Code Canadien du Travail⁴.

En étant arrivé à la conclusion que M. Davidson avait effectivement été congédié sans droit, l'arbitre, en plus de condamner l'employeur à payer à l'employé une indemnité, a ajouté:

«En vertu du pouvoir que me confère l'alinéa c) du paragraphe (9) de l'article 61.5, j'ordonne également ce qui suit:

Que l'employeur remette au plaignant, avec un double à moi-même, une lettre de recommandation attestant:

(1) Que M. Ron Davidson a été engagé par la station Q107 à titre de vendeur de temps d'antenne à la radio, et ce de juin 1980 au 20 janvier 1984;

1. [1989] 1 R.C.S. 1039 (ci-après «*Slaight*»).

2. L.R.C. (1985) Appendice II, no. 44, annexe B, partie I. (ci-après la «Charte»).

3. «1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.» (mes italiques)

4. L.R.C. (1985), c. L-2.

(2) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1981 s'élevait à 248 000\$ et qu'il a atteint 97,3% de ce même budget;

(3) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1982 se montait à 343 500\$ et qu'il a atteint 100,3% de ce budget;

(4) Que son «budget» ou quota de ventes pour 1983 était de 402 200\$ et qu'il a atteint 114,2% de ce budget;

(5) Qu'à la suite de son congédiement survenu en janvier 1984, un arbitre (nommé par le ministre du Travail), après avoir entendu les témoignages et les observations des deux parties, a décrété que le congédiement en question avait été injuste.

J'ordonne en outre que toute demande de renseignements par voie de communication épistolaire, téléphonique ou autre faite à la station Q107, à sa direction ou à son personnel par une personne ou compagnie relativement à l'emploi de M. Ron Davidson à ladite station doit donner lieu pour toute réponse à l'envoi d'un double de la lettre de recommandation susmentionnée»⁵.

5. Slaight, supra note 1, pp. 1066-67.

Le sous-paragraphe 61.5(9)c) du Code Canadien du Travail, sur lequel s'est fondé l'arbitre pour rendre ces deux ordonnances, se lisait ainsi⁶:

61.5

(9) Where an adjudicator decides pursuant to subsection (8) that a person has been unjustly dismissed, he may, by order, require the employer who dismissed him to

(a) pay the person compensation not exceeding the amount of money that is equivalent to the remuneration that would, but for the dismissal, have been paid by the employer to the person;

(b) reinstate the person in his employ; and

(c) do any other like thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal.

61.5

(9) Lorsque l'arbitre décide conformément au paragraphe (8) que le congédiement d'une personne a été injuste, il peut, par ordonnance, requérir l'employeur

(a) de payer à cette personne une indemnité ne dépassant pas la somme qui est équivalente au salaire qu'elle aurait normalement gagné si elle n'avait pas été congédiée;

(b) de réintégrer la personne dans son emploi; et

(c) de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier.

(mes italiques)

L'employeur a alors contesté la validité de ces deux ordonnances prétendant 1^o) qu'elles étaient déraisonnables et excédaient la juridiction de l'arbitre et 2^o) qu'elles enfreignaient ses libertés de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garanties par l'article 2b) de la Charte.

En Cour d'appel fédérale⁷, après avoir rejeté la première prétention de l'employeur, les juges Mahoney et Urie furent d'avis que les ordonnances attaquées enfreignaient la liberté d'expression de

6. Il s'agit maintenant du paragraphe 242(4) du Code Canadien du Travail, supra note 4.

7. [1985] 1 C.F. 253.

l'employeur, mais qu'elles le faisaient à l'intérieur de limites qui étaient justifiées aux termes de l'article premier de la Charte. Le juge Marceau, quant à lui, inscrivit sa dissidence. Distinguant l'«ordonnance positive» (fournir la lettre de recommandation) de l'«ordonnance négative» (l'interdiction de répondre autrement à une demande de renseignement que par l'envoi de la lettre de recommandation), il fut d'avis que seule la première était à l'intérieur de la compétence de l'arbitre. L'ordonnance négative, non seulement n'était pas autorisée par la loi, mais de plus, enfreignait la liberté d'expression de l'employeur. Ajoutant qu'à son avis, une ordonnance ne pouvant constituer une «règle de droit» au sens de l'article premier de la Charte, (puisque'il ne s'agit pas d'une règle d'application générale), il en concluait que cet article ne pouvait être invoqué pour sauvegarder l'ordonnance⁸.

Les juges de la Cour suprême se divisèrent aussi. Pour la majorité (le juge en chef Dickson et les juges Wilson, LaForest et L'Heureux-Dubé), les deux ordonnances étaient autorisées et raisonnables au sens du droit administratif. Et, même si ces deux ordonnances portaient effectivement atteinte à la liberté d'expression de l'employeur, elles étaient toutes deux sauvegardées par l'article premier de la Charte.

Pour le juge Lamer, dissident en partie, si l'ordonnance négative était déraisonnable au sens du droit administratif (et donc non autorisée par la loi) l'ordonnance positive était raisonnable et autorisée par la loi. Portant toutefois atteinte à la liberté d'expression de l'employeur, il estima que l'ordonnance positive était sauvegardée par application de l'article premier de la Charte.

Enfin, le juge Beetz, dissident, tout en étant d'accord avec l'analyse du juge Lamer en ce qui concerne l'ordonnance négative, estime que l'ordonnance positive ne pouvait être sauvegardée par l'article premier de la Charte car elle revêtait un caractère totalitaire qui ne saurait jamais se justifier dans une société libre et démocratique.

Malgré ces divergences, il n'en demeure pas moins que le jugement de la Cour suprême fut unanime sur le point qui nous

8. Mentionnons qu'il n'est pas clair, à la lecture des motifs du juge Marceau, si l'ordonnance «positive», à son avis, autorisée par la loi, était ou non compatible avec la Charte. En toute logique, si cette ordonnance enfreint elle aussi l'article 2b) de la Charte, elle ne pourrait pas être justifiée aux termes de l'article premier puisqu'elle non plus ne saurait être une «règle de droit» à défaut d'être une norme d'application générale.

interesse ici: la possibilité de soumettre au test de raisonabilité⁹ de l'article premier de la Charte une ordonnance rendue par un organisme administratif.

Le juge Lamer, parlant sur ce point au nom de la Cour, écrit:

«Il me semble utile de décrire la démarche qui doit être effectuée afin de déterminer la validité d'une ordonnance prononcée par un tribunal administratif de la façon suivante.

Il faut tout d'abord garder en vue l'existence de deux principes importants:

- un tribunal administratif ne peut excéder la compétence qui lui est dévolue par la loi; et
- il faut présumer qu'un texte législatif attribuant une discrétion imprécise ne confère pas le pouvoir de violer la Charte à moins que ce pouvoir ne soit expressément conféré ou qu'il le soit par implication nécessaire.

L'application de ces deux principes à l'exercice d'une discrétion nous mène alors à l'une ou l'autre des situations suivantes:

1. L'ordonnance contestée a été rendue en vertu d'un texte qui confère expressément ou par implication nécessaire le pouvoir de porter atteinte à un droit protégé.

9. Je fais ici évidemment référence au test élaboré par la Cour suprême dans l'affaire R. c. Oakes [1986] 1 R.C.S. 103, pp. 138-39.

- Il faut alors soumettre le texte législatif au test énoncé à l'article premier en vérifiant s'il constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.
- 2. Le texte législatif en vertu duquel le tribunal administratif a prononcé l'ordonnance contestée confère une discrétion imprécise et ne prévoit, ni expressément, ni par implication nécessaire, le pouvoir de limiter les droits garantis par la Charte.
- Il faut alors soumettre l'ordonnance prononcée au test énoncé à l'article premier en vérifiant si elle constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique;
- si elle n'est pas ainsi justifiée le tribunal administratif a nécessairement commis un excès de juridiction;
- si au contraire elle est ainsi justifiée alors le tribunal administratif a agi à l'intérieur de sa juridiction»¹⁰.

Dans ce passage, il faut bien noter que, dans l'hypothèse où le texte ne confère pas, de façon expresse ou implicite, le pouvoir d'enfreindre des droits protégés, si on soumet l'ordonnance et non le texte législatif au test de raisonnabilité de l'article premier c'est parce

10. Slaight, supra note 1, p. 1079.

que, à l'évidence, c'est l'ordonnance (et non le texte législatif) qui contient la limitation au droit protégé. Mais cela étant, il faut alors nécessairement que l'ordonnance elle-même soit une «règle de droit» parce que l'article premier de la Charte requiert clairement pour la validité constitutionnelle d'une limitation à un droit ou une liberté protégés que celle-ci soit prescrite par une règle de droit (ou, selon la version anglaise qu'elle soit «prescribed by law»)¹¹.

Or, il n'est pas évident qu'une ordonnance d'un organisme administratif soit une «règle de droit» étant donné, comme l'a justement fait remarquer le juge Marceau en Cour d'appel fédérale, qu'elle ne possède pas le caractère de généralité qui est traditionnellement associé à la notion de règle de droit¹².

Conscient de cette difficulté que pose l'exigence claire de l'article premier de la Charte, le juge Lamer, appliquant aux faits en cause les principes ci-dessus mentionnés, ajoute:

«L'ordonnance enjoignant à l'appelante de remettre à l'intimé une lettre comportant certaines données objectives restreint, selon moi, incontestablement la liberté d'expression de l'appelante.

Cette restriction provient toutefois d'une règle de droit et, de ce fait, peut être justifiée aux termes de l'article premier. L'arbitre tire en effet tous ses pouvoirs de la loi et il ne peut faire plus que ce que la loi lui permet. C'est la disposition législative attributrice de discrétion qui restreint le droit ou la liberté puisque c'est elle qui autorise le détenteur de ladite discrétion à rendre une ordonnance ayant pour effet

11. cf. Supra, note 3.
12. Voir infra, p. 459 et seq.

d'apporter des limites aux droits et libertés énoncés dans la Charte. L'ordonnance prononcée par l'arbitre n'est que l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par la loi»¹³.
(mes italiques)

Cette construction est fragile. Premièrement, en se contentant que la limitation provienne d'une règle de droit, et en n'exigeant pas qu'elle soit prescrite par la règle de droit, le Cour suprême n'a-t-elle pas diminué grandement la portée des termes de l'article premier? Mais, surtout, ce qui me frappe, c'est son caractère artificiel et même contradictoire: d'un côté, il faut conclure que c'est l'ordonnance qui restreint le droit protégé, puisque c'est elle que l'on soumet au test de raisonnabilité de l'article premier; mais, d'un autre côté, confronté à la difficulté tenant au fait qu'une telle ordonnance ne semble pas être une «règle de droit» tel que le requiert l'article premier, l'on déclare que c'est la disposition législative qui, en définitive, restreint le droit protégé puisque c'est elle qui autorise l'ordonnance.

L'arrêt Slight invite donc à réfléchir sur la notion de «règle de droit» que l'on retrouve à l'article premier de la Charte. Cette notion implique-t-elle une norme légale d'application générale, comme le pense le juge Marceau, ou simplement une norme légale, comme l'a décidé la majorité des juges de la Cour Fédérale et tous ceux de la Cour suprême?

I. Deux interprétations possibles de la notion de «règle de droit» de l'article premier de la Charte

Tenter de cerner la notion de «règle de droit» n'est certes pas facile. Comme l'a écrit C. Larroumet:

«C'est un des problèmes les plus controversés de la théorie générale du droit et, le plus souvent à juste raison, on a nié que la plupart des caractères traditionnellement reconnus à la règle de droit puissent permettre de la définir»¹⁴.

13. Slight, supra note 1, pp. 1079-80.

14. C. Larroumet *Droit civil: introduction à l'étude du droit privé*, Paris, ed. Economica, 1984, no. 15, p. 14. Voir également la discussion qui suit aux nos. 16-57, pp. 15-32.

Toutefois, notre tâche est nettement moins ambitieuse et, partant, moins ardue. Il ne s'agit pas de définir le concept de «règle de droit» dans l'abstrait mais seulement de déterminer le sens qu'a cette expression à l'article premier de la Charte. Le fait qu'il s'agisse d'un texte constitutionnel dont l'objectif est de protéger des droits et des libertés jugés fondamentaux et, de façon plus précise, d'un texte qui fixe les conditions de validité des limitations que l'on peut apporter à ces droits et libertés devraient nous guider.

Ceci étant dit, il me semble que deux interprétations du concept de «règle de droit» que l'on trouve à l'article premier sont plausibles. La première, que j'appellerai l'interprétation légaliste est beaucoup moins exigeante que la seconde, que je nommerai l'interprétation formelle.

Pour bien expliquer la différence entre ces deux interprétations possibles de la «règle de droit», il me semble opportun de faire une mise au point au niveau du vocabulaire. Dans les pages qui suivent, j'emploierai le terme «norme» dans son sens le plus neutre et le plus général possible. Une norme sera donc définie comme étant un modèle de conduite. Ainsi, toute norme prescrira donc à un individu ou à un ensemble d'individus donné un comportement à adopter, un comportement souhaité par celui ou ceux qui ont édicté la norme.

Notons que la norme ainsi définie devient un instrument de mesure d'une action humaine donnée: en comparant l'action posée à celle prescrite (i.e. à la norme), on est à même de juger si l'action posée correspond (est conforme) à la norme ou si, au contraire, elle la contredit. C'est Kelsen, dans sa *Théorie Pure du Droit*, qui a le mieux décrit le caractère intrinsèque de mesure, d'étalon de la norme:

«Lorsqu'une norme prescrit une certaine conduite, la conduite effective peut soit correspondre à la norme, soit y contredire. Elle correspond à la norme, elle y est conforme, lorsqu'elle est telle qu'elle doit être selon cette norme; elle contredit à la norme lorsqu'elle n'est pas telle qu'elle doit être selon cette norme, c'est-à-dire lorsqu'elle est le contraire d'une conduite conforme à la norme. L'affirmation qu'une conduite effective est telle qu'elle doit être d'après une norme objectivement valable est un

jugement de valeur, plus précisément
un jugement de valeur positif.

(...)

La norme considérée comme
objectivement valable joue le rôle
d'étalon de valeur pour les conduites
effectives»¹⁵.

Ce qu'il faut noter c'est la généralité et la neutralité de la notion de norme ainsi entendue. Neutre, car il suffit qu'un comportement soit prescrit pour que la norme-étalon naisse, sans qu'il soit besoin de se demander si la prescription qu'impose la norme est «bonne ou mauvaise», «juste ou injuste». Du seul fait de la prescription nous avons un modèle, une mesure et donc, une norme. Générale, car peu importe la source (normes morales, éthiques, légales, contractuelles), la forme (normes écrites, implicites, orales) ou la portée de la prescription, si elle indique un comportement à adopter elle est une norme¹⁶. Ainsi, et c'est ici le point le plus important, en ce qui a trait à la portée de la norme, l'on peut fort bien avoir une norme qui soit d'application générale (norme générale) ou une norme qui ne vise qu'une situation particulière (norme individuelle). «Ouvrez-moi cette porte!» est donc une norme au même titre que «Nul ne doit, par son acte fautif, causer préjudice à autrui»¹⁷.

La notion de norme étant ainsi définie très largement, revenons à l'interprétation de la «règle de droit» de l'article premier de la Charte. Nous venons de voir que les normes peuvent avoir des sources très variées: la religion, la morale, l'éthique, la société, l'Etat, etc... Or, il est évident que la notion de «règle de droit» ne peut concerner, parmi toutes les normes possibles que les seules normes juridiques, c'est-à-dire les prescriptions de comportement qui procèderont du droit.

15. H. Kelsen, *Théorie Pure du Droit*, 2^{ème} éd., trad. par Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 23. Voir également P. Amselek «Norme et loi» in *Archives de la Philosophie du droit*, t.25, 1980, p. 89 et seq.

16. Evidemment, cela ne préjuge en rien de ce qu'elle soit une norme «bonne», «juste» ou «efficace» ou qu'elle sera suivie par ceux à qui elle s'adresse.

17. Cette précision quant au vocabulaire est essentielle étant donné que très souvent, les juristes attribuent un sens plus restreint à la notion de «norme» en exigeant qu'elle soit une prescription d'application générale. Par exemple, P. Jestaz écrit: «La notion de norme ou de règle implique le double caractère d'obligation et de généralité. Celle de norme individuelle subit donc, comme son nom l'indique, une amputation de moitié qui fait douter de sa viabilité» «Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts» 1979 R.T.D.C. 480, à la p.485 (notes omises).

L'interprétation légaliste de la «règle de droit» est celle qui ramène celle-ci à la notion de norme juridique. Je l'appelle donc l'interprétation «légaliste» parce qu'elle suppose nécessairement que dès qu'une prescription tire sa force et sa légitimité du système légal d'une juridiction donnée, elle est automatiquement une «règle de droit»¹⁸.

Donc, en fonction de l'interprétation légaliste, non seulement les lois et les règlements seront considérés être des «règles de droit» mais aussi les jugements, les ordonnances, les stipulations contractuelles car ceux-ci prescrivent également, à l'intérieur du monde juridique, des comportements à adopter. L'on voit ainsi que, pour un partisan de l'interprétation légaliste, l'opposition traditionnelle entre la «règle» et l'application de la règle à un cas particulier est fausse tout comme l'opposition entre «création du droit» et «application du droit» était fausse pour Kelsen:

«L'application [du droit] est en même temps création du droit. Contrairement à ce qu'admet la théorie traditionnelle, ces deux notions ne représentent pas une antithèse absolue; il n'est pas juste de distinguer et opposer des actes créateurs de droit et applicateurs de droit. Car,... tout acte juridique est à la fois application d'une norme supérieure et création, réglée par cette norme, d'une norme inférieure.

(...) la création des normes juridiques générales par la législation et par la coutume a lieu en application de la Constitution; puis, en application de ces normes générales a lieu la création des normes individuelles par des décisions juridictionnelles et des décisions administratives»¹⁹.

18. Notons que la version anglaise de l'article premier de la Charte peut se concilier assez bien avec l'interprétation légaliste. En effet, de toute prescription qui tire sa force et sa légitimité du système légal, l'on peut aisément dire qu'elle est «prescribed by law».

19. Théorie Pure du Droit, supra note 15, pp. 315-16.

Si dans le passage ci-dessus, l'on remplace le problème de savoir quelles sont les «sources du droit» (problème auquel s'attaquait Kelsen) par celui de savoir ce que sont les «règles de droit», on a l'exacte vision de l'interprétation legaliste: sera une règle de droit, toute norme qui tire sa validité du droit, donc toute norme juridique; tout comme pour Kelsen était une source du droit toute norme qui tirait sa validité du droit, donc toute norme juridique.

Cela étant, il devient évident que les tenants de l'interprétation legaliste de la notion de «règle de droit» voudront définir celle-ci comme étant une norme qui, parce qu'elle a été édicté en conformité du système juridique, est obligatoire, c'est à dire qu'elle est sanctionnée par le droit. Et ce, peu importe, si elle est une norme générale (loi, règlement) ou individuelle (jugement, décision, stipulation conventionnelle).

Ainsi, pour C. Larroumet, la règle de droit est une «règle de conduite [i.e. une norme] obligatoire»²⁰ et il n'a aucune hésitation à décider que les stipulations contractuelles sont des règles de droit²¹. On retrouve également chez J. Bentham cette tendance à partager cette notion très large de la «règle de droit»:

«A law may be defined as an assembly of signs declarative of a volition conceived or adopted by the Sovereign in a State, concerning the conduct to be observed in a certain case by a certain person or class of persons»²².

Toutefois, la majorité des auteurs récusent cette façon de voir et optent pour une interprétation beaucoup plus restreinte du concept de «règle de droit». Ils le font en ajoutant une condition: pour qu'une norme soit une règle de droit, il faut non seulement qu'elle soit juridique, il faut aussi qu'elle soit d'application générale. En fait, plutôt que d'appuyer seulement sur l'aspect «droit» de la «règle de droit», ces auteurs insistent aussi sur la notion de «règle». Ainsi, J.-L. Aubert écrit:

«La règle de droit.... concerne chacun et ne désigne personne en particulier;

20. C. Larroumet, *supra* note 14, no. 45 et 46, p. 28.

21. *Ibid.*, no. 25, p. 18.

22. The limits of Jurisprudence defined, Columbia U.P., 1945, p. 88.

elle a un caractère général et impersonnel. (...) Cela ne peut surprendre: ce caractère est en effet dans la nature de la notion même de règle, c'est à dire de toute prescription, qui prétend s'appliquer à un groupe d'individus. Une prétendue règle, qui ne viserait qu'une personne déterminée, ne serait rien d'autre, en réalité, qu'une décision»²³.

De même, H.L.A. Hart, s'appuyant sur Austin, écrit:

«the laws of any country will be the general orders backed by threats which are issued either by the sovereign or subordinate in obedience to the sovereign»²⁴.

(mes italiques)

C'est cette idée que la «règle de droit» est une norme d'application générale qui fait dire à la plupart des théoriciens du droit que seules les lois et les règlements sont des règles de droit (ou encore des sources de droit) à l'exclusion des normes individuelles que sont le jugement²⁵, la décision, la stipulation contractuelle. Bref, pour cette école, la distinction entre la «règle» (norme abstraite, impersonnelle et générale) et son application concrète dans un cas particulier prend tout son sens²⁶. Comme l'écrit Carbonnier:

23. Introduction en droit, éd. A. Colin, 1987, Paris, no. 8, pp. 11-12.

24. The Concept of Law, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 18.

25. Je parle évidemment du jugement en ce qu'il crée une norme individuelle et non du problème des précédents judiciaires. En effet, si une juridiction donnée accepte que les jugements lient les tribunaux pour l'avenir, alors il y a là création d'une norme générale.

26. Pour n'en citer que quelques uns qui exigent de la règle de droit qu'elle soit d'application générale, voir: G. Marty et P. Raynaud, Introduction générale à l'étude du droit, Paris, 1972, no. 123, pp. 226-30; J.-L. Aubert, supra note 23, no. 8, p. 12; H.L.A. Hart, supra note 24, p. 18; J. Austin, The Province of Jurisprudence determined, 1832, lecture I; J. Carbonnier, Droit Civil, Introduction, P.U.F., p. 21 et seq; P. Jestaz, supra note 17, p. 485. Voir également les auteurs cités par E.-L. Bach dans son étude dans le Répertoire de droit civil Dalloz, Paris, sous le vocable «Jurisprudence» aux nos. 28 et seq.

«De même que le droit s'incarne pour le peuple dans le législateur et dans le juge (Moïse et Salomon, Solon et Minos), il se manifeste, aux yeux du juriste, dans deux phénomènes: la règle de droit et le jugement. Ce sont deux phénomènes primaires, irréductibles l'un à l'autre»²⁷.

De ceux-là qui, pour qualifier une norme juridique de «règle de droit», exigeront en plus qu'elle soit d'application générale (i.e. une norme impersonnelle et abstraite ayant un certain caractère de permanence), je dirai qu'ils ont une interprétation formelle de la «règle de droit». «Formelle» parce qu'ils s'intéressent à la forme de la norme juridique pour décider s'il s'agit ou non d'une «règle de droit».

Mais pourquoi est-il important qu'une norme juridique soit d'application générale et abstraite pour être qualifiée de «règle de droit»? A mon avis, au-delà du fait, souligné à juste titre par J.-L. Aubert qu'une «règle» est nécessairement une norme d'application générale²⁸, cette exigence tient surtout au grand attachement de la tradition juridique occidentale pour la notion de «rule of law».

En effet, dans notre tradition juridique et politique, la loi s'oppose aux souhaits et ordres capricieux et arbitraires du tyran. Pour un juriste occidental, qu'il soit de tradition civiliste ou de common law, un régime étatique quelconque est soit «juridique», soit «tyrannique». La loi remplit donc le rôle de chien de garde: elle empêche le citoyen d'être soumis aux souhaits capricieux du tyran en le soumettant sous son propre joug²⁹. C'est cette idée qui a été si merveilleusement encapsulée par les théoriciens de la Révolution américaine: «A Government of laws, not of men»³⁰.

27. Supra note 26, p. 21.

28. Supra, p. 460.

29. Comme William Pitt le disait fort judicieusement, «Where laws end, tyranny begins.» cf. J. Bartlett, *Familiar Quotations*, ed. Little, Brown and Co, Boston, 1948, p. 230. Pour une discussion de cette idée, voir R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif*, t.III, P.U.L., 1986, pp. 40-59; R. Dussault, *Traité de droit administratif*, t.II, P.U.L., 1974, pp. 1089-1099.

30. Cette expression, si souvent associée à la notion de «rule of law», provient de l'article XXX de la Constitution du Massachussetts de 1780:

«In the government of this Commonwealth, the legislature department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the

Mais pourquoi préférer le joug de la loi à celui du tyran? Essentiellement parce que la loi étant généralement «prescrite à l'avance», la norme légale préexiste à son application, d'où découle la prévisibilité de l'application de la loi et donc la possibilité pour le citoyen 1) de prévoir les conséquences de ses gestes et 2) de vérifier si ceux chargés de l'application des lois n'usurpent pas leurs pouvoirs. Il s'ensuit que, pour que le «rule of law» remplisse cette mission, il faut évidemment que le citoyen soit en mesure de vérifier, le plus exactement possible, la portée des normes juridiques³¹. Or, il ne peut le faire que si les normes sont fixées à l'avance et non pas décidées au fur et à mesure que les situations se présentent: la norme ne sera donc «règle de droit» que si, en plus d'être obligatoire, elle est d'application générale, donc formulée en termes impersonnels et abstraits.

Cela étant, il s'ensuit également que la norme doit être, en plus d'être rédigée en termes impersonnels et abstraits, raisonnablement accessible et suffisamment précise pour que le citoyen puisse être en mesure de savoir, avec une précision suffisante, quelle est l'étendue et la portée exacte de ses droits et de ses obligations³².

L'on voit ainsi que, s'il justifie sa prise de position par le «rule of law», celui qui a une interprétation formelle de la «règle de droit» va s'intéresser tout autant à l'accessibilité et la précision raisonnable de la norme qu'au fait qu'elle soit d'application générale. L'interprétation formelle est donc en même temps une interprétation fonctionnelle car elle permet qu'une des fonctions de la «rule of law» soit remplie.

legislative and the executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men.» (mes italiques)

Toutefois, sa célébrité tient plutôt au fait que c'est cette expression qu'a utilisé la Cour Suprême américaine dans une de ses plus importantes décisions, l'affaire *Marbury c. Madison* Dist. Col., 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 où elle a établi son pouvoir et son rôle d'interprète suprême de la Constitution et son autorité de vérifier la conformité des lois à celle-ci et, partant, établissant le principe de la primauté du droit aux Etats-Unis.

31. «The 'rule of law' is a highly textured expression, importing many things which are beyond the need to explore, but conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority» (mes soulignés) Renvoi: Résolution pour modifier la constitution [1981] 1 S.C.R. 753, à la page 805.

32. Une remarque s'impose ici. Je ne suis pas en train de dire que la loi ne peut pas être rédigée en termes généraux qui nécessitent une bonne part d'interprétation. De par le fait même qu'elle doit être générale et donc couvrir de nombreuses situations, la loi doit être flexible et donc, affectée d'une nécessaire imprécision. Le «rule of law» ne s'oppose pas à l'adoption de normes juridiques souples, il s'oppose plutôt au fait que la loi ne soit pas, au minimum, un guide pour le citoyen. Voir H. et L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Tome I, vol. I, no. 13, p. 27.

Face à ces deux interprétations possibles du concept de «règle de droit» de l'article premier de la Charte, laquelle doit-on choisir³³? Jusqu'à l'affaire *Slaight*, la réponse des tribunaux canadiens et de la doctrine était claire: on optait pour l'interprétation formelle.

II. Droit canadien

En effet, malgré le fait que les premiers auteurs à se prononcer sur la question ont eu tendance à favoriser une approche légaliste³⁴, les tribunaux ont rapidement et majoritairement opté pour une interprétation formelle du concept et la doctrine majoritaire les a suivis³⁵.

33. J'insiste sur le fait que c'est le sens de «règle de droit» de l'article premier qui pose une difficulté. Même si on retrouve la même expression à l'article 52 de la Charte, il faut comprendre que cet article doit se lire avec l'art. 32 qui soumet les actes émanant de l'Etat à la Charte. Aussi, il est nécessaire, à mon avis, d'adopter une interprétation légaliste de ce concept à l'article 52. C'est à dire qu'il faut considérer que la Charte s'applique à l'ordonnance car celle-ci tire son autorité de la loi. Cette question est toutefois fort différente de celle qui nous occupe, et qui consiste à savoir, si cette ordonnance, soumise à la Charte, peut constituer une limite qui soit raisonnable au sens de l'article premier. Ainsi, je suis tout à fait d'accord avec le professeur Gibson lorsqu'il écrit:

«When deciding whether these and other questionable types of norms constitute "law" by which Charter rights may be restricted, courts might be invited to give the term the same meaning in that context as in section 52(1) of the Constitution Act, 1982, which requires "law" to conform to the Constitution. This would be unwise. While the language of sections 1 and 52 is identical in this respect, in both the English and French texts, the purposes of the two provisions are dissimilar - antithetical indeed. Whereas the aim of section 52(1) is to ensure that the supreme law of the Constitution, including the Charter, prevails over all inconsistent legal provisions, the goal of section 1 is to provide immunity from the Charter's requirements in a few special circumstances. It would be entirely consistent with these differing purposes to find, therefore, that a secret order-in-council, or an administrative custom, are "laws" in the sense that they must comply with Charter requirements in accordance with section 52(1), but not in the sense of creating reasonable limits to Charter fights under section 1.» (mes italiques)

The law of the Charter, Carswell, 1986, p. 153.

34. T.J. Christian «The limitation of liberties: a consideration of Section 1 of the Charter of rights and freedoms» 1982 U.B.C.L. Rev., Charter ed. 105, à la p. 110 et N. Finkelstein «Section 1: The standard for assessing restrictive government actions and the Charter's Code of Procedure and evidence» 9 Quenn's L.J. 143, à la p. 161.

35. D. Gibson, *supra* note 33, pp. 153-55; P. Hogg «Section one of the Canadian Charter of rights and freedoms» in *The limitations of human rights in comparative constitutional law*, 1986, pp. 11 et seq.; D. McDonald, *Legal rights in the Canadian Charter of rights and freedoms*, 2nd ed., 1989, pp. 64 et seq.

Ainsi, dès 1983, dans l'affaire *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*³⁶, les juges Holland, Boland et Linden du Ontario High Court ont discuté du sens à donner à l'expression «prescribed by law» de l'art. 1 de la Charte. Une loi ontarienne qui conférait à un comité de censure la discrétion de censurer tout film devant être présenté en Ontario était attaquée comme contrevenant à la liberté d'expression garantie par la Charte.

Après avoir déterminé qu'effectivement la loi enfreignait la liberté d'expression, la Cour s'est demandée si elle pouvait être sauvegardée par l'article premier. Adoptant sans conteste l'interprétation formelle, les juges écrivirent:

«The Charter requires reasonable limits that are prescribed by law; it is not enough to authorize a board to censor or prohibit the exhibition of any film which it disapproves. That kind of authority is not legal for it depends on the discretion of an administrative tribunal. However dedicated, competent and well-meaning the board may be, that kind of regulation cannot be considered as "law". It is accepted that law cannot be vague, undefined, and totally discretionary, it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on the freedom of expression cannot be left to the whim of an official; such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law»³⁷.

Ce jugement fut confirmé par la Cour d'Appel d'Ontario³⁸ qui affirma être en accord avec les motifs des juges de première instance. Les juges ajoutèrent de plus que puisque la loi ne créait aucune limite, raisonnable ou non, on ne pouvait dire que la loi entraînait dans le cadre de l'expression «subject only to such reasonable limits prescribed by law»³⁹.

36. 147 D.L.R. (3d) 58.

37. Ibid., p. 67.

38. 5 D.L.R. (4th) 766.

39. Ibid., p. 767.

L'interprétation formelle a de plus été suivie dans *Re Luscher*⁴⁰, où les juges Thurlow, Mahoney et Hugessen de la Cour d'appel fédérale ont décidé qu'une loi interdisant l'importation de matériel «obscène ou immoral», sans autres critères, était trop vague et imprécise pour constituer «a reasonable limit prescribed by law». Le juge Kerans de la Cour d'Appel d'Alberta, mentionne lui aussi, dans les affaires *Black c. Law Society of Alberta*⁴¹ et *Edmonton Journal c. A.-G. of Alberta*⁴² qu'une limite est «prescribed by law» uniquement dans la mesure où cette limite est raisonnablement précise («clear and ascertainable»).

La Cour suprême s'est, elle aussi, prononcée sur cette question. Dans *R c. Therens*⁴³, le juge Le Dain donna la définition de ce qu'il entendait par une «règle de droit»:

«Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'article 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi découler de l'application d'une règle de common law».

Ce qu'il faut noter de ce passage, c'est le souci évident du juge Le Dain que la norme soit accessible pour le citoyen. Il s'agit donc, bel et bien, d'une interprétation formelle de la notion de «règle de droit».

De même, dans l'affaire *R c. Thomsen*⁴⁴, le juge Le Dain a réitéré sa définition de «règle de droit» et les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Wilson et la Forest l'ont approuvée.

Enfin, récemment, dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. P.G. du Québec*⁴⁵, les juges Dickson, Lamer et Wilson, après avoir répété le critère du juge Le Dain ajoutent, en obiter,:

40. 17 D.L.R. (4th) 503.

41. 27 D.L.R. (4th) 527, à la p. 559, conf. par [1989] 1 R.C.S. 591.

42. [1987] 5 W.W.R. 385, à la p. 399, renv. par la Cour suprême, le 21 décembre 1989, J.E. 90-47.

43. [1985] 1 R.C.S. 613, p. 645.

44. [1988] 1 R.C.S. 640, p. 650.

45. [1989] 1 R.C.S. 927.

«L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite par une règle de droit»⁴⁶.

(mes italiques)

J'en conclus donc que jusqu'à l'affaire *Slaight*, les tribunaux canadiens, incluant la Cour suprême, avaient opté pour une conception formelle de la règle de droit, i.e. qu'une norme juridique ne peut être une «règle de droit» au sens de l'article premier de la Charte que si elle est générale, accessible au citoyen et suffisamment précise pour qu'il puisse, avec l'aide professionnelle adéquate, connaître ses droits et obligations.

III. Analyse du concept de «règle de droit» dans *Slaight*

Rendue une dizaine de jours après l'affaire *Irwin Toys*, la décision dans *Slaight* est surprenante. En effet, dans *Slaight*, tous les juges (i.e. Dickson, Wilson, LaForest, L'Heureux-Dubé, Beetz et Lamer) adoptent à l'évidence une interprétation legaliste de la notion de «règle de droit».

En effet, comme on l'a vu, pour la Cour suprême, si on peut soumettre l'ordonnance au test de raisonabilité de l'article premier, c'est parce que la restriction est «prescribed by law» car elle est autorisée par la loi⁴⁷. Le fait que l'ordonnance n'est pas une norme d'application générale mais uniquement une décision dans une espèce particulière et que le citoyen ne pouvait évidemment pas connaître à l'avance la limitation qu'allait comporter l'ordonnance, et donc qu'elle n'était pas accessible, ne semble pas eu avoir d'importance.

De plus, il faut noter que selon la Cour suprême, l'ordonnance peut être soumise au test de raisonabilité car elle «provient d'une règle

46. Ibid., p. 983.

47. Voir supra, p. 455.

de droit»⁴⁸, i.e. qu'elle est «autorisée» par une règle de droit, ou encore qu'elle tire sa validité et son autorité d'une règle de droit. Mais si on applique le critère des affaires *Thomsen* et *Irwin Toys*, il n'est pas évident que le texte législatif qui attribue une discrétion «imprécise» soit lui-même une «règle de droit» en raison même de la discrétion large qu'il peut conférer. Cela étant, il n'est pas évident que l'ordonnance provient d'une «règle de droit» au sens de l'article premier.

Compte tenu donc des principes énoncés par la Cour suprême dans les affaires *Therens*, *Thomsen* et *Irwin Toys*, le résultat dans *Slaight* est assez étonnant. Surtout, qu'à mon avis, il ne contredit pas seulement la notion de «règle de droit» énoncé dans ces arrêts mais également ce que j'appellerai l'esprit de l'arrêt *Oakes*⁴⁹.

En effet, dans l'affaire *Oakes*, la Cour suprême a élaboré un test de raisonnabilité pour l'article premier relativement sévère. Cela est fort logique: la structure de la Charte fait en sorte que le respect des droits fondamentaux est le principe et leurs restrictions, l'exception. Cela étant, il faut, en toute logique, interpréter avec sévérité les critères en fonction desquels une limite apportée à ces droits est jugée être valide. De là découle la sévérité du test de raisonnabilité. Mais puisqu'il faut aussi qu'une limite, pour être valide, soit prescrite par une règle de droit, il faudrait également, pour être cohérent, être exigeant en ce qui concerne la notion de «règle de droit», et ce, pour exactement les mêmes raisons. Pourtant, la Cour, dans *Slaight*, a adopté l'interprétation légaliste du concept, de loin le moins exigeant.

De plus, il faut comprendre que si on suit le raisonnement de la Cour Suprême, il faut nécessairement présumer que la Législature, en conférant une discrétion imprécise, a entendu conférer le pouvoir de violer les droits fondamentaux à l'intérieur de limites raisonnables⁵⁰. Donc, si j'ai raison de dire que la restriction des droits protégés est l'exception, et leur protection le principe, il nous faut conclure que le raisonnement adopté dans *Slaight* nous force, en quelque sorte, à présumer l'exception plutôt que le principe.

De plus, tel que vu précédemment, il me semble clair que l'interprétation formelle est plus compatible avec la «rule of law» qui

48. Ibidem.

49. Supra, note 9.

50. En effet, puisque si l'ordonnance est raisonnable au sens de l'article premier, alors l'arbitre a agi nécessairement à l'intérieur de sa juridiction. Supra, p. 454.

est un concept fondamental de notre droit et qui, à juste titre, est mentionné dans le préambule de la Charte⁵¹.

Finalement, les règles d'interprétation usuelles des textes bilingues exigent que l'interprétation la plus conciliable avec les deux versions soit privilégiée. Or, si le texte anglais de l'article premier («prescribed by law») est relativement neutre, c'est à dire qu'il peut se concilier assez facilement avec une interprétation legaliste ou formelle, le texte français, lui, en employant le vocable «règle» renvoie directement à l'interprétation formelle.

Résumons-nous. J'ai tenté de montrer que le raisonnement de la Cour suprême dans l'affaire *Slaight* est artificiel, voire même contradictoire, que l'interprétation du concept de «règle de droit» s'accorde mal avec la notion traditionnelle que l'on s'en fait, notion adoptée ailleurs, par les tribunaux canadiens, incluant la Cour suprême elle-même. Enfin, que le raisonnement adopté par la Cour élève en principe plutôt qu'en exception les restrictions raisonnables aux droits fondamentaux, ce qui se concilie plutôt mal avec les principes d'interprétation généraux de la Charte énoncés par la Cour suprême elle-même dans plusieurs arrêts⁵².

Conclusion

Que penser donc, de l'affaire *Slaight*? Il est évident que la Cour suprême était aux prises avec un problème très épineux. Dans le fond, deux possibilités s'offraient à la Cour, et chacune comportait des désavantages importants.

La première possibilité, la plus solide juridiquement, consistait à refuser de voir en une limitation édictée par une ordonnance d'un organisme administratif une restriction «prescrite par une règle de droit». En plus de sa cohérence avec la tradition et les décisions des tribunaux canadiens, incluant celles de la Cour suprême, cette solution avait l'avantage de faire en sorte que le Parlement aurait eu à prendre des décisions politiques pour conférer à son Administration le pouvoir

51. D'ailleurs, il n'est pas inutile de mentionner que, se basant sur le «rule of law», la Cour Européenne des droits de l'homme, en 1979, dans l'affaire *Sunday Times c. U.K.* 2 E.H.R.R. 245, (à la p. 271) a abandonné l'interprétation legaliste de l'expression «prescribed by law» pour la remplacer par une interprétation formelle. Voir les commentaires de B. Hovius «The limitation clauses of the European convention of Human rights: A guide for the application of Section 1 of the Charter?» 17 *Ottawa L.R.* 213.

52. *Hunter c. Southam Inc.* [1984] 2 R.C.S. 145; *P.G. du Manitoba c. Metropolitan Stores Ltd.* [1987] 1 R.C.S. 110.

de restreindre les droits protégés. Ce faisant, un débat public quant à l'opportunité de le faire pourrait avoir lieu, replaçant dans un forum plus approprié ce genre de décisions. Toutefois, cette alternative avait la fâcheuse conséquence de porter atteinte sérieusement à l'efficacité de l'appareil administratif. En effet, cette solution aurait signifié qu'un organisme administratif n'eût pas été habilité à restreindre, même raisonnablement, un droit ou une liberté protégés, à moins qu'une disposition législative n'énonce expressément (ou par implication nécessaire) son pouvoir de rendre une telle ordonnance. Or, de l'avis de plusieurs, l'Administration doit 1°) disposer d'importants pouvoirs discrétionnaires pour remplir adéquatement son rôle et 2°) doit pouvoir restreindre raisonnablement les droits et libertés qui, on le sait, s'ils ne sont pas limités d'une quelconque façon, peuvent rapidement paralyser toute intervention étatique, même éminemment souhaitable.

La seconde solution, celle adoptée par la Cour suprême, est boiteuse juridiquement et risque de vider de tout contenu la notion de «règle de droit» de l'article premier. Mais, par ailleurs, elle avait l'avantage de sauvegarder la discrétion administrative et d'éviter au législateur d'avoir à tout prévoir, tâche impossible et dont l'impossibilité a justement provoqué l'apparition, puis la prolifération, des compétences et pouvoirs des organismes administratifs.

Bref, le raisonnement peu convaincant de la Cour l'est justement parce qu'il tente de camoufler juridiquement une décision politique en faveur de la discrétion administrative.

C'est cela que nous devons retenir de cet arrêt et non les principes juridiques qu'il énonce, en ce qui concerne la notion de «règle de droit» de l'article premier. Slight confirme donc la pensée de Lord Campbell: «Hard Cases, it is said, make bad law»⁵³.

53. Ex parte Lang, (1854) 3 W.R. 19.